



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

- + *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.
- + *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.
- + *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.
- + *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página <http://books.google.com>



3 2044 061 300 133

T

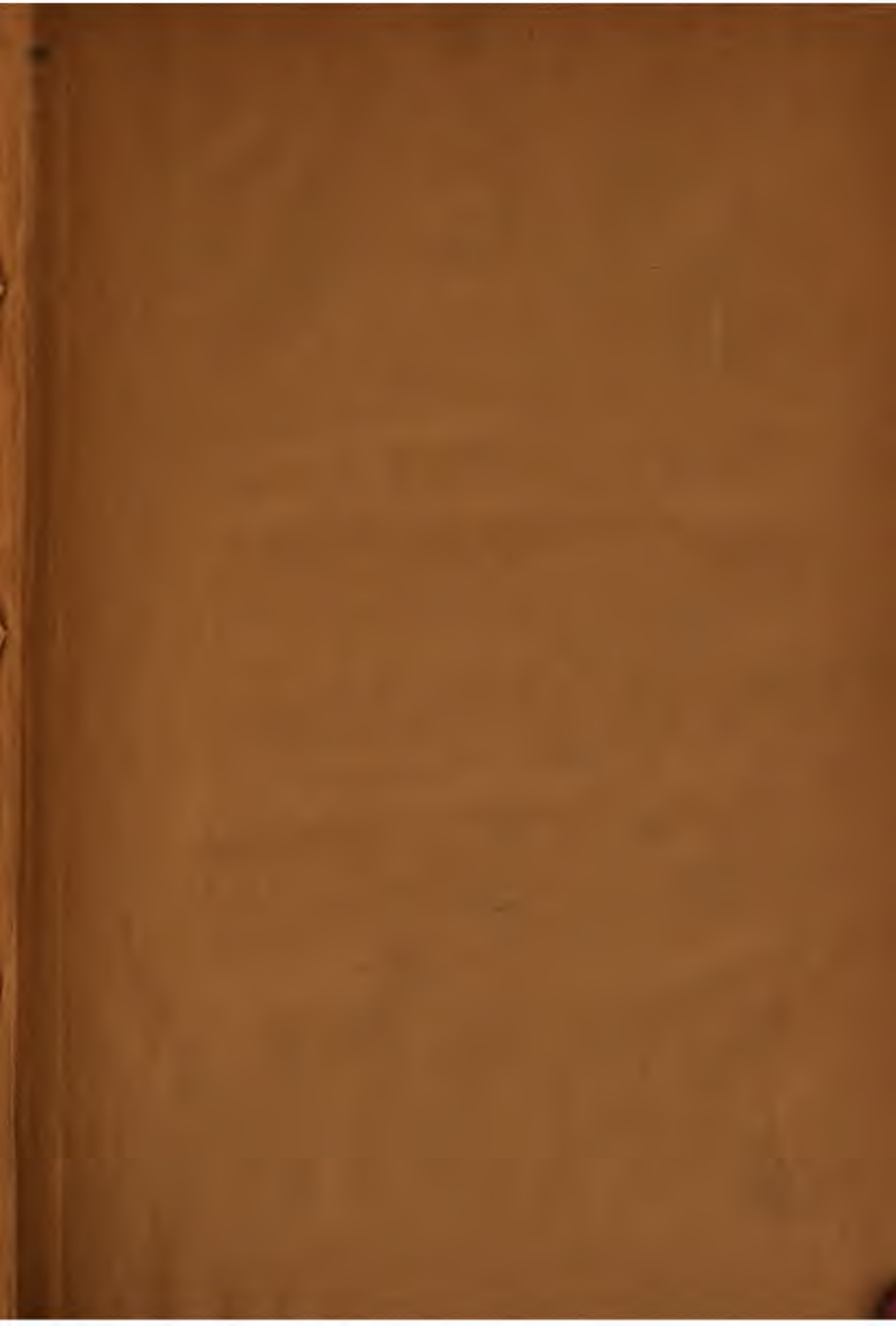
1.05

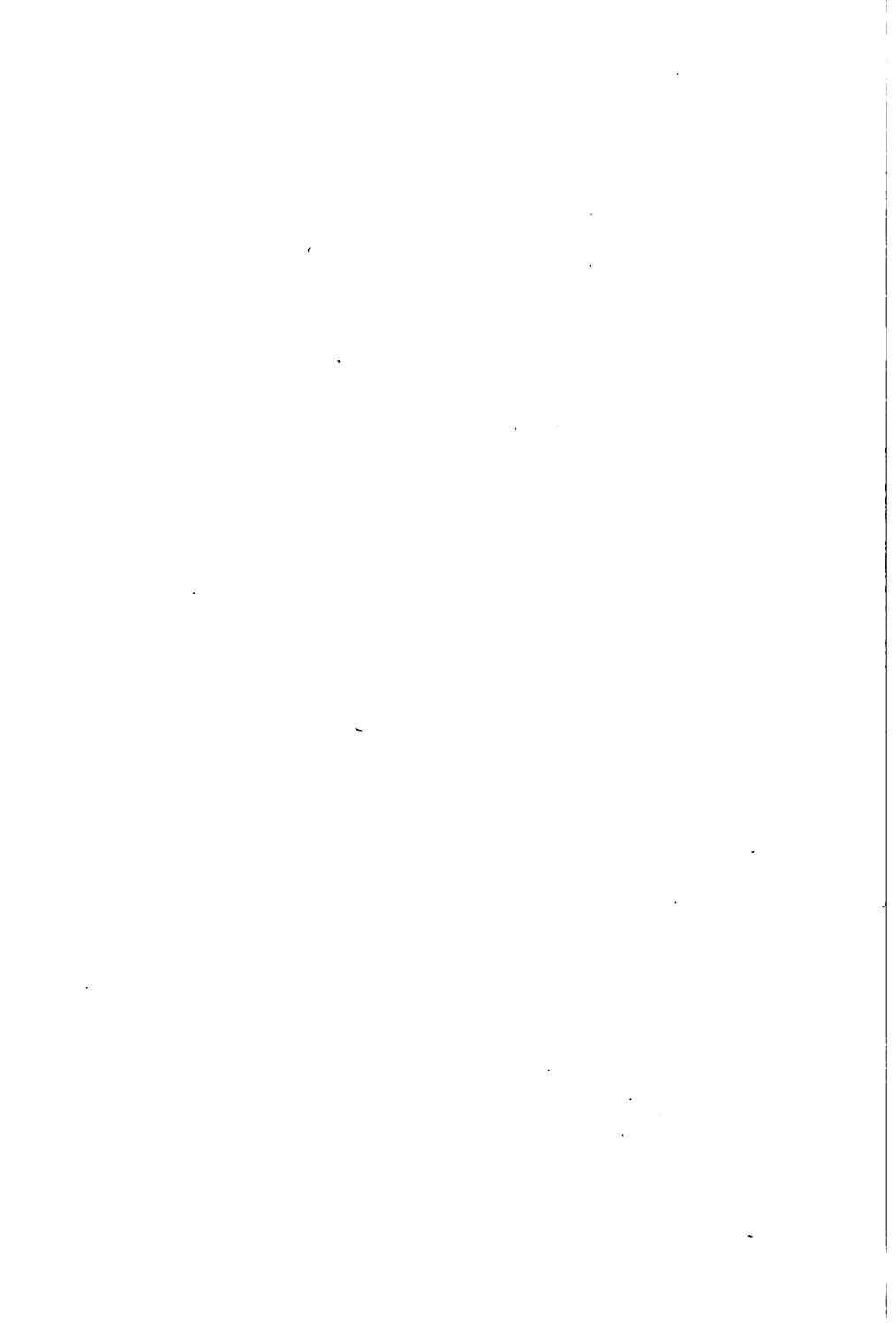
Bd. April 1937



HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Received MAR 17 1936





CURSO ✓

12.52

DE

Feb-51

DERECHO CIVIL ROMANO

POR EL PROFESOR DEL RAMO

CONFORME AL PROGRAMA DE LA UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN MARCOS.

D^{no} D. Octavia Tudela.

*Honestæ vivere
Alterum non lædere
Suum cuique tribuere.*

106

LIMA

IMPRESA DE «EL COMERCIO»
POR J. M. MONTEROLA.
1868.

+

910
TUD

For
For T7
T

MAR 17 1936

3/17/36

INTRODUCCION.

De todos los estudios que comprende la Facultad de Jurisprudencia, ninguno es mas necesario para formar al profundo Jurisconsulto y al verdadero Magistrado que el Derecho Romano. Ya se le considere como la parte mas interesante del *Derecho en general*; ya como la base y fuente del *Derecho Civil Moderno*; ya como esplendida manifestacion del progreso y desarrollo del *Derecho Natural*, ya, en fin, como utilísimo para comprender la historia de la civilizacion, el Derecho Romano será siempre estudiado por quien quiera formar y fortalecer su espíritu en los principios de la Jurisprudencia, y merecerá siempre por lo conciso de sus máximas y lo riguroso de sus deducciones el hermoso dictado de *razon escrita y dilgebra* de la Jurisprudencia.

La presente obrita, produccion del Catedrático Dr. D. Octavio Tudela, no es sino el resúmen de las esplicaciones que sobre el Derecho Romano ha acostumbrado hacer, durante muchos años, este hábil y cumplido profesor en el Convictorio de San Carlos, esplicaciones tomadas de la interesante obra de M. Ortolan y para la *Parte externa* del excelente Manual de Mackeldey, cuyas dos obras son los textos adoptados para la clase de Derecho Civil Romano de esta Universidad.

Esta obra tiene un valor inapreciable, pues es para los estudiantes de Derecho (despues de oír las esplicaciones mas detalladas de la clase y de leer la obra de Ortolan) un verdadero *vade-mecum* indispensable para el repaso general que precede á los exámenes.

Reconociéndose la utilidad de esta obra, se pidió permiso para publicarla al respetable autor quien accedió bondadosamente á las exigencias de la juventud, escusándose, por sus multiplicadas atenciones, de hacer las correcciones convenientes para salvar los errores que en ella se encontrasen.



INDICE.

	<i>Pág.</i>
Necesidad y carácter del estudio del Derecho Romano.....	1
Division de la Historia del Derecho Romano..	2

PARTE EXTERNA.

Primer Período.....	3
Segundo Período.....	4
Tercer Período.....	6
Cuarto Período.....	8

PARTE INTERNA.

Libro 1º—Derecho, Justicia y Jurisprudencia.....	14
Division de la ciencia del Derecho.....	»
Objetos del Derecho.....	»
De las personas.....	15
De los esclavos.....	»
De los ingénuos.....	16
De los libertinos.....	17
Quienes no pueden manumitir... ..	18
Abrogacion de la ley Fusia Caninia.....	19
Hombres de su derecho y de ageno derecho... ..	»
Patria potestad.....	20
Nupcias.....	21
Legitimacion.....	24
Adopcion.....	25
Disolucion de la potestad.....	26
Tutelas.....	27
Tutela legítima de los agnados.....	29
Disminucion de cabeza.....	»
Tutela legítima de los patronos.....	30
Tutela legítima de los padres... ..	»

Tutela Fiduciaria.....	31
Tutela dativa.....	»
Tutela de las mugeres.....	32
Administracion de la tutela.....	33
Autoridad del tutor.....	34
De que maneras se acaba la tutela.....	35
De los curadores.....	36
Caucion de los tutores y curadores.....	37
Escusas de los tutores y curadores.....	»
De los tutores y curadores sospechosos.....	39
Libro 2º —Division de las cosas.....	40
Del dominio.....	42
Modos de adquirir el dominio.....	43
Posecion.....	44
Ocupacion.....	45
Accession.....	46
Tradicion.....	47
Servidumbres prediales.....	48
Del usufructo.....	51
Uso.....	52
Habitacion.....	53
Acciones relativas á las servidumbres.....	»
Usucaucion y prescripcion.....	»
Donacion.....	55
Acciones.....	58
Quienes pueden ó no enajenar.....	»
Por medio de que personas podemos adquirir.....	»
Adquisicion por medio de los esclavos.....	59
Adquisicion por personas estrañas.....	60
Formalidades de los testamentos.....	»
Del testamento militar.....	62
De los que no pueden testar.....	63
De la desheredacion de los hijos.....	65
Institucion de herederos.....	67
Sustitucion vulgar.....	70
Sustitucion pupilar.....	»
Sustitucion de los militares.....	71
Sustitucion autorizada por los emperadores....	»
Sustitucion cuasi-pupilar.....	72
Invalidacion de los testamentos.....	»
Del testamento ineficaz.....	74
Qualidad y diferencia de los herederos.....	75
Acciones relativas á la herencia.....	77
Legados.....	78

	<i>Pág.</i>
Derecho de acrecion.....	82
Revocacion y traslacion de los legados.....	83
Ley Falcidia.....	»
Herencias fideicomisarias.....	84
Fideicomisos singulares.....	86
Codicilos.....	87
Libro 3º—De la sucesion <i>ab intestato</i> y de las obligaciones	
.....	88
Herederos suyos.....	»
Agnados.....	89
Gentilidad.....	91
Cognados.....	92
Sucesion de los libertos.....	»
Posesion de bienes.....	93
Colacion—Derecho de acrecer entre los coherederos—Trasmision de la herencia—Indignidad.....	95
Acciones relativas á las herencias <i>ab intestato</i> y á las posesiones de bienes.....	»
Sucesiones universales ademas de la herencia..	»
Sucesion <i>ab intestato</i> segun la novela CXVIII.	96
Sucesion de los descendientes.....	97
Sucesion de los ascendientes.....	98
Sucesion de los colaterales.....	»
De las obligaciones.....	99
Como se contraen las obligaciones reales....	102
De las obligaciones verbales.....	103
De los coestipulantes y copromitentes.....	105
Division de las estipulaciones.....	106
Estipulaciones inútiles.....	107
Estipulaciones inútiles acerca de las personas.	108
Estipulaciones inútiles por razon de las cosas..	109
Estipulaciones inútiles por razon del modo	»
Estipulaciones inútiles por razon de la naturaleza de la estipulacion.....	110
Fiadores.....	»
Obligacion literal.....	112
De las obligaciones consensuales.....	115
Compra-venta.....	116
Locacion-conduccion.....	119
Enfitesis.....	120
Sociedad.....	121
Mandato.....	123
Pactos que producen obligacion.....	124

	<i>Pág.</i>
Cuasi-contratos.....	126
De la prestación de la culpa.....	127
Como se devuelven las obligaciones.....	128
Libro 4º —De las obligaciones que nacen de los delitos.....	132
De la accion de los bienes robados.....	133
Ley Aquilia.....	»
De las injurias.....	134
Cuasi-delitos.....	136
Acciones.....	137
Organizacion de la jurisdiccion bajo este sistema.....	142
Vias ejecutivas usadas en el sistema formulario.....	148
De los contratos celebrados por las personas que están bajo la potestad de otra.....	151
Acciones noxales.....	152
Pauperies.....	153
Quienes pueden establecer las acciones.....	»
De las satisfacciones.....	154
Acciones perpétuas y temporales.....	»
Excepciones.....	155
Interdictos.....	156
Penas contra los litigantes temerarios.....	159
Juicios públicos.....	160
Oficio del juez.....	»



DERECHO CIVIL ROMANO.

Necesidad y carácter del estudio del Derecho Romano.

Está fuera de duda que el estudio de la parte histórica de toda ciencia, contribuye de una manera eficaz, á que sus principios sean mas prontamente y mejor comprendidos. Nosotros no ponemos en duda esta verdad, tratándose del Derecho Cívil, que por su trascendental influencia en el orden de las sociedades, debe ser estudiado bajo todos sus aspectos posibles y principalmente en su aspecto histórico.

El Derecho Romano, que nosotros vamos á estudiar, es la parte antigua, digámoslo así, de la historia de todas las legislaciones modernas, y por esto no podrá prescindir de él, nadie que pretenda hacer un estudio completo y verdaderamente científico de la Jurisprudencia: mucho menos nosotros, que reconocemos en los Romanos, el origen de nuestra legislación.

No son de poca consideracion las ventajas que nos puede producir el estudio del Derecho Romano. Estudiándolo, conoceremos todas las modificaciones que han sufrido los principios de derecho que actualmente rijen y las causas de esas modificaciones; conoceremos, en una palabra, cual ha sido el desenvolvimiento del espíritu humano, respecto de uno de los objetos mas importantes de su actividad: el Derecho. Semblante conocimiento nos hará facil y provechoso el estudio de la historia de la humanidad.

Grande es la influencia del Derecho Romano sobre el Filo

sófico, porque es mucho saber que las conclusiones que esta ciencia deduce de la naturaleza humana, no son meras abstracciones, sino principios admitidos desde la mas remota antigüedad, y porque es muy importante estar convencido, de que ciertos principios, que alguna vez, pudieran ser puestos en duda, cuentan con la sancion imparcial de la humanidad y que la Filosofía no puede establecer nada decisivo sobre ellos.

Todos creemos que el Cristianismo ha cambiado en política y en lo civil, la organizacion de las sociedades; pero, es menester que nos convenzamos de ello, estudiando por nosotros mismos, como se verificaron esos cambios. Ahora bien, la accion del Cristianismo para reorganizar la sociedad, solo se ejerció sobre el Derecho Romano, porque él, en aquella época, reja sobre todo al mundo conocido.

A estas razones, conviene agregar, que en todas las universidades, se prescribe el estudio del Derecho Romano; y que de él ha tomado el foro moderno, su estilo, su tecnología y sus severas y científicas máximas.

Comprendido bien que nosotros, solo vamos á buscar en la legislacion romana, las primeras manifestaciones del Derecho, se conocerá que no debemos pasar sin exámen, ninguna de sus instituciones, por mas que algunas de ellas estén abolidas actualmente; y que no miramos en el Derecho Romano la norma, el límite, á que en su desarrollo deben llegar las legislaciones modernas.

Division de la Historia del Derecho Romano y método que seguimos en su estudio.

La Historia del Derecho Romano se divide en interna y externa: la primera se ocupa de las fuentes del Derecho y de los trabajos literarios emprendidos sobre ellas; y la segunda de los principios derivados de esas fuentes, de las variaciones que sufrieron y de las causas de esta variacion.

Para conocer el carácter de la Legislacion Romana, debe seguirse el método histórico, es por esto que en la exposicion que hacemos de la parte interna, nos sujetamos á las instituciones de Justiniano. No por esto se crea, que nuestro trabajo queda reducido á una recitacion árida de la Instituta, porque, á mas de deducir de los principios del Derecho Romano, las consecuencias que parezcan justas, en su aplicacion podremos separarnos de Justiniano, siempre que no salgamos del cuerpo de la Jurisprudencia romana.

PARTE EXTERNA.

Creemos conveniente principiar el estudio del Derecho Romano por la parte externa, antes de entrar á la parte interna que es el objeto principal de nuestro curso.

Las fuentes de la historia externa, son las colecciones del Derecho Romano, tanto antiguas como modernas, con los edictos de su publicacion; todos los documentos de las leyes antiguas, aunque no hayan llegado á nosotros, sino en fragmentos, principalmente los de las XII Tablas, y los escritos de muchos autores griegos y romanos. Entre los escritos de los Jurisconsultos romanos, figuran especialmente: la Historia del Derecho Romano por Pomponio, la Instituta por Gajo, los Fragmentos de Ulpiano y la paráfrasis de Teófilo.

Son cuatro los períodos del Derecho Romano establecidos por Gibbon y aceptados por Hugo: el primero comprende hasta las XII Tablas (750-450 antes de J. C.); el segundo, hasta Ciceron (450-100 antes de J. C.); el tercero, hasta Alejandro Severo (100 antes de J. C. hasta 250 despues); y el cuarto, hasta Justiniano (250-550 despues de J. C.).

Primer Período.—Al principio de cada período, determinaremos de una manera general el estado político del pueblo romano.—Los diferentes pueblos que formaron el Estado romano, no se confundieron en uno solo hasta mucho tiempo despues de su reunion; entónces fué, cuando verdaderamente comenzó á existir el Derecho Romano, porque entónces fué cuando se reunieron en un solo cuerpo, de derecho, las leyes que gobernaban á esos diferentes pueblos.—Desde los primeros tiempos, el pueblo romano aparece dividido en dos clases: los patricios y los plebeyos, que hasta, por su origen, parece que se diferenciaban. El dominio en las tierras y la participacion.

en el gobierno del Estado pertenecieron esclusivamente á los patricios, durante mucho tiempo. El jefe del Estado era vitalicio; el poder legislativo se ejercía, al principio, por los comicios curiados, compuestos esclusivamente de los patricios; y desde el segundo consulado, por los comicios centuriados, en que entraban los plebeyos.—El cambio que sufrió Roma de la monarquía á la república, en nada mejoró la situación de los plebeyos, y fué nula la participación, que bajo el segundo consulado, se les dió en la formación de las leyes. Las discordias que nacieron de la dominación que los patricios ejercían sobre los plebeyos, fueron la causa de que, en el año 260, fuesen creados los tribunos del pueblo, á quienes se dió el derecho de *veto absoluto* contra las leyes de los patricios. Despues adquirieron los tribunos, el derecho de proponer leyes al pueblo en los comicios por tribus; á estas leyes se les llamó *plebiscitos*. Tambien se concedieron á los plebeyos dos magistrados, encargados de ciertos ramos de policía, á quienes se dió el nombre de *ediles*.

Doce Tablas.—La lucha entre los patricios y los plebeyos dió lugar á que, en el año 300, se formase la ley de las XII Tablas que debe ser considerada principalmente como la ley fundamental del Derecho Romano. En efecto, en ella se estableció la igualdad entre patricios y plebeyos; se determinaron los límites del poder judicial y el procedimiento que se debía seguir en los juicios.—Esta ley fué colocada en la plaza pública, donde estuvo expuesta hasta el siglo III de la era cristiana. Se conservaron algunos fragmentos de esa ley debidos especialmente á los comentarios que, de ella, hizo el jurista Gayo.

Segundo Período.—Las fuentes del derecho en este período, se reducen á dos: el *ius scriptum* [leyes] y el *non scriptum* (costumbre). La legislación comprende las leyes votadas en los comicios por *centurias*, los *plebiscitos* propuestos por los tribunos y aprobados en los comicios por tribus, y los *senado-consultos*, que eran las resoluciones tomadas por el Senado, principalmente sobre asuntos de derecho público, sin participación ni consentimiento del pueblo. Los *plebiscitos* y los *senado-consultos* no fueron al principio leyes generales; pero cuando, en virtud de las leyes *Horacia y Valeria, Publíca, y Hortensia*, fueron aceptados los *plebiscitos* por los patricios, los plebeyos aceptaron, por su parte, los *senado-consultos*.—La costumbre ó derecho no escrito comprende las *mores majorum* ó costumbres primitivas de los antepasados, la *consuetudo* ó costumbres nuevas y las cosas juzgadas.

Los pretores y otros magistrados, por medio de sus edictos, y los jurisperitos por su ciencia, ejercieron el mayor influjo sobre el desarrollo de los principios de derecho, derivados de la costumbre.

Edicto de los Pretores.—Al principio los reyes, y despues los cónsules, estuvieron encargados de la administracion de la justicia. El año 418, se creó un magistrado que tuvo el nombre de *Prætor urbanus*, encargado especialmente de administrar la justicia; y despues, en el año 508, fué creado otro pretor, para que entendiera en los pleitos de los extranjeros entre sí ó con los ciudadanos: se llamaba *Prætor peregrinus*. El Derecho Romano propiamente dicho, nunca fué aplicable, sino á los ciudadanos; pero cuando los Romanos estendieron su dominacion por toda la Italia y otros muchos países fuera de ella, conocieron que, ademas de un derecho especial, habia otro comun á todos los pueblos de entónces. Este derecho, que los Romanos llamaban *jus gentium*, al principio no rigió sino entre los extranjeros, mas poco á poco, el otro civil se fué conformando con el *jus gentium*, perdiendo así su rigorismo primitivo. Los pretores fueron los que principalmente introdujeron y regularizaron esta innovacion. Para establecer reglas fijas sobre la administracion y librarse así de la nota de arbitrios y para evitar las intercesiones de los tribunales, publicaban, antes de entrar en el ejercicio de su cargo, un edicto en que exponian los principios que habian de observar en la administracion de la justicia y las formas del procedimiento. En este edicto, llenaban los vacios del derecho y principalmente suavizaban el rigor de las leyes, ó mejor dicho, los principios del derecho civil, ó haciendo excepciones y prescripciones, ó estableciendo ficciones.—El edicto que cada pretor publicaba, tenia el nombre de edicto anual ó perpétuo. En estos edictos, no siempre se establecian principios enteramente nuevos, sino que por lo regular se aceptaban los principios del anterior edicto, con las modificaciones que se creian convenientes.

Edicto de los Ediles.—Tambien publicaron edictos los Ediles, aunque no de tanta importancia como los de los pretores, al derecho derivado de los edictos de los pretores y de los Ediles se llamaba *derecho honorario*.

Respuesta de los Jurisperitos.—Tan eficazmente como los pretores y los ediles, contribuyeron los Jurisperitos al desarrollo del derecho. Establecidos, en las XII Tablas y en el edicto, los principios fundamentales del derecho, comensaron los jurisperitos á desenvolverlos, con sus interpretaciones, ó á acomodarlos á la práctica y á determinar las formas del pro-

cedimiento. Los juriconsultos, además, daban su parecer, en los negocios privados, y también los defendían en el foro ante el tribunal. De esta manera y, por las obras que escribieron, se fueron introduciendo nuevas doctrinas de derecho conocidas con el nombre de *uctoritas prudentium, sententiae receptae*, ó derecho civil en su mas estricto significado.

Escritos de los Juriconsultos.—Muy pocas obras se escribieron en esta época. Se creó que los patriotas, para conservar bajo su dominación á los plebeyos, tenían ocultas las fórmulas de las acciones y procedimientos, así como el calendario judicial (*dies fasti et nefasti*). Cneo Flavio publicó una obra sobre cada una de estas materias. Desde entonces se comenzó á enseñar públicamente el Derecho. Modificadas con el tiempo, las fórmulas de las acciones, Sexto Elio Cato publicó nuevamente una razón de ellas. La primera obra científica de Derecho, escrita en este período, se intitula *Commentarii juris* de Marco Porcio Cato, el antiguo. Además de este juriconsulto, hay algunos otros notables, entre los cuales merecen especial mención, por llamarlos Pomponio los fundadores del Derecho, Publio Mucio Scaevola, Marco Junio Bruto y Manlio.

Tercer Período.—Grandes trastornos sufrió el Estado romano durante este período, debidos especialmente á la pretensión, de que se repartiesen los terrenos comunes; á la participacion del Derecho de ciudadanía tan ansiado por los pueblos de Italia; y al pensamiento de elevar el elemento aristocrático, particularmente bajo el imperio de Sila. La depravacion de las costumbres y el desprestigio de la religion y de la autoridad contribuyeron, no poco, á la ruina de la antigua república.—Al principio de este período, se conservaban las formas y apariencias de la república; pero en realidad desde que César Augusto tomó el nombre de príncipe de la república y se investió de las mas importantes dignidades republicanas, quedó establecido de hecho el poder monárquico, el cual se fué estendiendo cada dia mas y mas, hasta convertirse en el mas duro despotismo.—El poder legislativo pasó del pueblo á los Emperadores, lo cual dió origen á una nueva fuente del Derecho.—Las fuentes del Derecho en este período son, con poca diferencia, las mismas que en las anteriores.

Leyes.—Muchas leyes se dieron en este período, especialmente durante las guerras civiles, y algunas de ellas muy importantes. Mas á medida que crecía el poder de los prin-

cipos, menguaba el del pueblo, tanto que, al fin de este período, no se mencionaron siquiera las leyes.

Senado-consultos.—Los senado-consultos adquirieron mucha mayor importancia de la que habían tenido ántes, y la conservaren hasta fines de este período.

Constituciones de los Príncipes.—Investidos los príncipes de las principales magistraturas de la república, comenzaron, á ejemplo de los antiguos magistrados, á dar reglamentos y decretos que eran conocidos con los nombres de *placita* ó *constitutiones principum*. En esta época, los Emperadores formaron una especie de Consejo llamado *auditorium principis* para que entendiera en las apelaciones de las sentencias de los tribunales ordinarios y contestára las consultas que se leá dirijieran. Los fallos sobre pleitos entre particulares, de que conocían en última instancia se llamaban *decreta*, y las contestaciones que daban á los particulares ó á los funcionarios públicos, *rescripta*.

Edicto del Pretor.—Continuó el edicto siendo una fuente del Derecho, pero cada vez mas importante, tanto que fué objeto de diversos trabajos literarios y que se le tomó, como texto, para la enseñanza del Derecho. Formado el edicto sucesivamente por todos los pretores, fácil es comprender que llegaria á convertirse en un cuerpo incoherente de Derecho; fué necesario pues compilarlo. El primero que emprendió esta obra fué Ofilio, quien tambien escribió un resumen del edicto. La compilacion de Ofilio pronto perdió su utilidad; porque el edicto sufrió nuevas modificaciones. El juriconsulto Salvio Juliano, bajo los auspicios de Adriano, emprendió un nuevo trabajo sobre el edicto, y lo pudo realizar con mayor suceso que Ofilio, por cuanto que, en calidad de pretor, pudo hacer las modificaciones que juzgó convenientes. Desde entonces, el edicto no sufrió alteraciones sustanciales. El mismo Juliano y otros despues de él, como Ulpiano, escribieron comentarios sobre el edicto.—Otro hecho notable, relativamente al edicto, es que el año de 687, se dió una ley para que los pretores no se permitiesen salir arbitrariamente de lo establecido por ellos mismos en su edicto anual.

Respuestas de los juriconsultos.—Fácil es comprender que los juriconsultos desempeñaban cada dia un papel mas importante en Roma: particulares y magistrados ocurrían á ellos para que les diesen su parecer en los casos dudosos. Al principio, todos los juriconsultos tenían igual facultad para responder sobre el derecho; pero despues, Augusto concedió á ciertos juriconsultos, el derecho de responder en su nom-

brs; por la que indudablemente, sus respuestas adquirieron mayor fuerza.—El Emperador Adriano estableció despues, que cuando los jurisconsultos, autorizados á responder en su nombre, estuvieran acordes, su opinion tuviese la fuerza de la ley; pero no privó á los jurisconsultos del derecho de que siempre habian gozado.

La Ciencia del Derecho.—La jurisprudencia romana llegó en este tiempo á su mas alto grado de desarrollo y por eso, es considerada como una nueva fuente del Derecho.—Los jurisconsultos de esta época son llamados *clásicos*, porque sus obras son las mas notables que, sobre el Derecho, escribieron los Romanos. De ellas, se sirvió Justiniano, para formar las *Pandectas*.

Escuelas de los Jurisconsultos.—Desde los tiempos de Augusto, parece que los jurisconsultos, autorizados á responder á nombre del príncipe, se dividieron en escuelas; pero bien puede creerse que tales escuelas no fueron otra cosa que las diferentes secciones en que se dividió el consejo del príncipe para hacer mas fácil el despacho de las consultas. Sea de esto lo que fuere, lo cierto es que en tiempo de Augusto, habian varios hombres notables opuestos en doctrinas de Derecho: Próculo, del cual viene la secta de los Proculeyanos, Massurio Sabino, maestro de los Sabinianos y Cayo Casio Longino, del cual vienen los Casianos.—En tiempo de Adriano, las escuelas comenzaron á transigir, y tuvo origen la escuela de los Eclectivos, aunque, como es natural, habian Eclectivos desde los tiempos anteriores.

Jurisconsultos notables.—Muchos son los que se podrian nombrar, pero son mas recordados los nombres de Gayo, Papiniano, Ulpiano, Paulo y Modestino.

Escritos de los Jurisconsultos.—Las numerosas obras de Derecho, escritas en este período se clasifican de la manera siguiente: Comentarios sobre algunas fuentes del Derecho; Sistemas compendiosos ó Instituciones; Comentarios sobre los sistemas de otros jurisconsultos; Monografías; Trabajos de los Casuistas; Controversias y Escritos diversos.

Cuarto Período.—El imperio romano, tan floreciente en épocas anteriores, llega en este período á su completa ruina. Constantino traslada la capital del imperio á la antigua Bizancio, y desde entónces, comienzan á dominar, la religion católica sobre la pagana y la lengua griega sobre la latina; lo cual es causa de importantes modificaciones en el Derecho. La division del imperio que habia sido iniciada, bajo Diocleciano, fué consumada por los hijos de Constantino. Los hijos

de Teodosio: Arcadio y Honorio vuelven á dividirlo, y esto favorece la invasion de los bárbaros en las provincias occidentales, que al fin caen, completamente y para siempre, en su poder. El imperio romano quedó reducido únicamente á la parte oriental, la cual fué conquistada por los Turcos, el año 1453.

Fuentes del Derecho al principio de este período.—Están reducidas á las constituciones imperiales y á la costumbre. Entre las constituciones de los primeros emperadores, pocas se referian al Derecho, privado y la mayor parte al público y administrativo. Despues de Constantino, se dieron muchas leyes generales sobre el Derecho Civil muy importantes, porque la religion, las costumbres y la lengua de Oriente no eran las de Occidente.

Fuentes del Derecho al principio del siglo V.—En teoria, lo eran todas las de los períodos anteriores; pero en práctica, no habian otras que las obras de los jurisconsultos clásicos y las constituciones imperiales. Las obras de los jurisconsultos, en que están perfectamente tratadas las cuestiones del Derecho, conservaron en el foro la autoridad que, desde ántes, habian tenido; pero, con el decaimiento de la ciencia, los jueces no se encontraban ya en estado de pesar las razones en que apoyaban los antiguos jurisconsultos sus opiniones; y por eso al expedir sus fallos, los antiguos se guiaban por la celebridad del nombre ó por la opinion cuyos motivos conocian: de donde es fácil colegir cuan arbitraria é incierta seria la administracion de la justicia. En tal estado de cosas, Constantino determinó las obras que merecian fé; otro tanto hizo Teodosio II, quien publicó una constitucion aceptada por Valentiniano III en Occidente, en virtud de la cual, las obras de los jurisconsultos Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, recibieron fuerza de ley, exceptuándose las notas de Ulpiano y Paulo á Papiniano. Esa ley, llamada de las citas de Valentiniano, disponia ademas, que si los autores discordaban, decidiese el mayor número; y en caso de empate, la opinion de Papiniano. Si Papiniano no trataba del asunto, la resolucion quedaba al prudente arbitrio del juez. Con tal ley nada se consiguió, porque si ántes era posible el exámen de las opiniones de los jurisconsultos, ahora el juez quedaba reducido á contar el número de votos.

Códigos Gregoriano y Hermogeniano.—Con respecto á las constituciones imperiales, nos presentan una dificultad semejante á la de que hemos hablado en el edicto; su número era crecido y habian sido publicadas en diversos tiempos; era pues,

muy difícil conocerlas todas; fué necesario hacer colecciones de ellas. Los juriscultores Gregorio y Hermógenes, que vivieron en el siglo IV, emprendieron este trabajo.—El primero formó una colección de las constituciones de los emperadores, desde Adriano hasta Constantino; y el segundo, otra de los emperadores Diocleciano y Maximiliano, que probablemente no es sino una adición á la primera.

Código Teodosiano.—Mas notable que los anteriores, es el Código de Teodosio el joven, que comprende las constituciones desde Constantino hasta él. Este Código se divide en 16 libros, y los libros en títulos, por materias: se han perdido los cinco primeros libros y la primera mitad del sexto. Después de publicado este Código, dió Teodosio muchas instituciones que son conocidas con el nombre de *novelas*.

Obras de derecho que se conocen en este período antes de Justiniano.—Casi no hubo juriscultos que escribiesen sobre el derecho, desde Alejandro Severo hasta Justiniano. Lo único que queda de esa época es: los fragmentos de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, y los de las obras de los juriscultos Hermógenes, Aurelio Arcadio, Charisio y Julio Aquila. Además de estos fragmentos, se conservan las obras siguientes: *Vaticana Fragmenta*, tomadas de un *Codez rescriptus* de la Capilla del Vaticano el año de 823: contiene pasajes de juriscultos del período anterior y constituciones imperiales, que probablemente pertenecen á una colección publicada después del Código Gregoriano y ántes del Hermogeniano; *Notitia dignitatum Orientis et Occidentis*, que contiene una especie de revista del territorio y de las dignidades del imperio romano, á principios ó á mediados del siglo V.; *Mosaicarum Romanorum legum Collatio*, que es una comparación de las leyes romanas y mosaicas en que se pretende probar que aquellas se derivan de estas; y *Consultatio veteris Icti*, que es una colección de opiniones de un jurisculto desconocido bastante importante, porque apoya sus opiniones en los escritos de los juriscultos antiguos y en las constituciones imperiales.

Nuevas colecciones de Derecho en Occidente.—Conquistadas las provincias occidentales por los bárbaros, los Romanes que vivian en ellas, continuaron gobernándose por sus leyes antiguas como los conquistadores seguian las suyas; ésta fué la causa de que, á principios de la edad media, se formaron en los reinos establecidos sobre las ruinas del imperio de Occidente, dos especies de colecciones de Derecho: una para los Romanos vencidos y otra para los conquistadores.

güentes son las mas importantes de las colecciones formadas para los Romanos: 1ª el edicto de Teodorico, rey de los Ostrogodos, publicado en Roma, el año 500, como ley para los Ostrogodos y los Romanos: este edicto está fundado en el Derecho Romano aunque muy alterado; 2ª el Breviario de Alarico. II rey de los Visogodos, tomado principalmente de los Códigos Gregoriano, Teodosiano y Hermogeniano, y publicado solamente para los Romanos, súbditos de Alarico; 3ª la ley romana de los Burguñones, publicada para los Romanos que vivian entre estos.

Colecciones de Derecho formadas en esta época.—Desde Teodosio hasta Justiniano, no se habian hecho trabajos importantes sobre el Derecho. Justiniano, en los 38 años de su gobierno, se ocupó especialmente en reformar la legislación y facilitar su estudio.

Código antiguo.—Esta obra fué la primera que emprendió Justiniano: nombró, para realizarla, una comision de diez juriconsultos presidida por el juriconsulto Juan, y los autorizó ámpliamente para que, de todas las colecciones de constituciones que habian y de las constituciones dadas despues, tomasen lo conveniente, las modificasen y ordenasen, de modo que se hiciera una obra completa de los principios de derecho; establecidos por las constituciones imperiales. Esta obra que se llama *Código antiguo*, quedó concluida en catorce meses; al aprobarla, Justiniano prohibió el uso de los antiguos Códigos. El Código antiguo se ha perdido completamente.

Las Pandectas.—Fundado el Código, quiso Justiniano que se extractase de las obras de los juriconsultos clásicos, las doctrinas positivas contenidas en ellas. Para esto, nombró una comision de diez y seis juriconsultos, presididos por Triboniano, autorizados ámpliamente para que tomaran, de dichas obras lo que les pareciera bueno. No siempre fué fiel la comision en sus extractos, porque algunas veces alteró las opiniones de los juriconsultos.—En el espacio de tres años, concluyó la comision su trabajo, despues de haber examinado las obras de treinta y nueve juriconsultos. Cada extracto de la obra de un juriconsulto, compuesto de uno á mas párrafos, al primero de los cuales se llama *principio*, tiene por epígrafe el nombre y el libro del juriconsulto de donde se le tomó.—Esta obra, llamada *Pandectæ* ó *Digesta*, fué dividida en cincuenta libros, éstos en títulos por orden de materias; los títulos se componian de fragmentos, cada uno de los cuales es el extracto de la obra de un juriconsulto; y se compone de uno ó mas párrafos. Estaba, ademas, dividida la obra en siete

partes correspondientes á las siete partes del edicto del Pretor. Es de presumir que los redactores de la Pandectas se dividieron en tres secciones encargadas: una de examinar los libros del Derecho Civil, otra de los que trataban de la práctica y otra del edicto. De este modo, sobre cada materia se formarían tres grupos de extractos: uno del derecho civil, otro de la práctica y otro del edicto; en las colocaciones respectivas de estos tres grupos para formar los títulos, tomaban por base el grupo que tenía mejores y mayor número de fragmentos, y comparaban con éste, los otros dos grupos para suprimir, de ellos, lo que hubiese de repetido ó contradictorio en el primero. Por eso es, que el orden de los grupos no es el mismo en todos los títulos, pero algunos de ellos se repiten hasta dos veces.—Esta obra fué publicada el año 528. Al hacerlo, se prohibió el uso de las obras de los antiguos jurisconsultos y el que se hiciesen comentarios sobre ella; lo único que se permitió fué traducirla al griego. En cuanto á la manera de citar las Pandectas, se ha procedido de diverso modo en los diferentes tiempos. Esta diversidad ha consistido principalmente en que los datos han sido colocados en distinto orden. La manera mejor y que generalmente se ha empleado es la siguiente: se determina la obra por su signo que es una D que significa Digesto; despues el libro, por su número, en signos romanos; despues el título, por su número, en signos griegos, y últimamente en fragmento ó ley, y el párrafo (§) por su signo y números respectivos. Como los libros 30, 31 y 32 del Digesto no están divididos en títulos, al citar un punto de ellos, no se hace mención de este dato, y como estos tres libros se ocupan de los legados, se les determina por los números que les corresponden en el cuerpo de la obra, ó por el que respectivamente tienen,

Las cincuenta decisiones.—Las cincuenta decisiones fueron cincuenta constituciones de Justiniano, en que se resolvieron diferentes cuestiones de derecho, debatidas entre los jurisconsultos. Treinta y cuatro de esas constituciones fueron dadas ántes que se comenzaran las Pandectas y las demas, mientras se trabajaban. Era natural que las cincuenta decisiones fuesen insertadas en el *Código Nuevo*.

La Instituta.—Las Pandectas no podían ser adoptadas para la enseñanza del Derecho. Para satisfacer esta necesidad, Justiniano encomendó á Triboniano que formase un libro elemental del Derecho, auxiliado por otros dos jurisconsultos. Esta obra es la *Instituta*: está dividida en cuatro libros; los libros, en títulos y los títulos, en párrafos; al primero de los

cuales, se llama *Principio*. La colocacion de los datos para las citas ha sido diversa, pero no ofrece dificultad.

El Código nuevo.—Despues de concluida la Instituta, Justiniano encomendó, á una comision de cinco juriconsultos, la reforma del Código, incluyendo, en él, las 50 decisiones y poniéndolo de acuerdo con la Instituta y el Digesto. Esta obra es el *Código nuevo*, que está dividido en 12 libros y los libros en títulos.

Novelas.—Desde el año 565 hasta el 565, dió muchas constituciones, parte en griego y parte en latin, que alteraban el Derecho establecido antes por él mismo. No hizo Justiniano ninguna copilacion de sus novelas. Despues de su muerte, apareció una coleccion de 168, de las cuales, solo 154 eran de Justiniano y las demas de sus sucesores. Mas tarde, apareció una coleccion de 97 novelas dividida en 9 partes ó colecciones. Juliano, catedrático de Constantinopla, publicó poco despues de Justiniano, un extracto de 125 novelas: esta obra es conocida con los nombres de *Epitome novellarum* ó de *Liber novellarum* y *Epitome Juliani*, casi al mismo tiempo apareció una traduccion de las nueve colecciones que fué conocida con el nombre de *Corpus authenticum* y hoy con el de *Versio vulgata*.

PARTE INTERNA.

LIBRO Iº

Derecho, Justicia y Jurisprudencia.

Las nociones que sobre estos tres puntos cardinales del Derecho, dan los jurisconsultos clásicos, son las mismas que tenemos en la actualidad, sin mas diferencia que nosotros las expresamos con mas claridad y precision. Son diferentes las acepciones que, en la Jurisprudencia romana, tiene la palabra Derecho; y alguna de ellas, manifiesta claramente los progresos de la ciencia.

Division de la ciencia del Derecho.

La division mas general que hacen los jurisconsultos del Derecho, es en público y privado, comprendiéndose en aquel el Derecho Sagrado. El Derecho Privado se componia segun ellos, de tres clases de principios, ó como decian: de elementos del Derecho Natural, del de Gentes y del Civil. Todos los principios del Derecho Privado, los comprendieron los jurisconsultos en las tres últimas máximas: *honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.*

Objetos del Derecho.

Al exponer los principios del Derecho, no seguian ciertamente los jurisconsultos, el método que se vá generalizando en la actualidad, sino que se ocupaban: primero, de las personas; despues, de las cosas, y en último lugar, de las acciones. Este orden es el que vamos á seguir.

De las personas.

La palabra persona tiene dos acepciones: es persona, todo ser capaz de derechos, y tambien lo es, cada uno de los aspectos bajo los que, puede ser considerado un hombre.

Las personas, consideradas en sus relaciones con la sociedad en general, se dividian en libres y esclavos, en ingénuos y libertinos; en sus relaciones con la sociedad de familia, se dividian en hombres *sui juris et alieni juris*. Podria agregarse la division, en ciudadanos y estrangeros, aunque consta de que no fué considerada nunca por los juriconsultos romanos, sin embargo de que, en el hecho, existió durante mucho tiempo. Hé aquí, en breves palabras, la historia de la ciudadanía romana.

La ciudadanía romana fué, al principio un derecho esclusivo de los habitantes de Roma y de su territorio; despues fué concedida á los Latinos; en seguida á todos los Italianos, y por último, Caracalla hizo ciudadanos á todos los súbditos romanos. Esto, por lo que toca á los que nunca habian sido esclavos, respecto de los cuales sucedió otra cosa, que indicaremos despues. La ley de Caracalla es sin duda la causa de que no se divida á las personas en ciudadanos y estrangeros, bien que nos consta que esta division no fué hecha por los juriconsultos romanos; y quizás por esto, Justiniano no la consideró en su Instituta.

De los esclavos.

La esclavitud, entre los Romanos, era considerada como de Derecho de Gentes, con lo que se manifiesta primero: el fundamento de esta institucion que no era sino la costumbre de todos los pueblos de entónces y segundo, la idea que acerca de ella, tenian los Romanos. La guerra es el primer origen de la esclavitud; tras ella vino el nacimiento de vientre esclavo; la ingratitud para con el patrono y la venta de la propia libertad para participar del precio: pero no son estas las únicas causas que, entre los Romanos, producian la esclavitud. Existieron tambien, pero desaparecieron con el tiempo las causas siguientes: condenacion por ciertos delitos ó sea servidumbre de la pena; el negarse á inscribirse en el censo; el robo manifiesto; la insolvencia de un deudor y el comercio ilícito con un esclavo. Mas es preciso recordar que los primeros vencidos en la guerra los Latinos, los Sabinos y los Albanos, no fueron hechos esclavos, sino ciudadanos roma-

nos, y que la gran importancia que llegó á tomar el nombre de ciudadano romano y el deseo de aprovecharse de los servicios del venido, fueron las causas de que la guerra fuese considerada como la primera causa de esclavitud.

Para todos los asuntos de la vida civil, los esclavos no eran personas, sino cosas, y si intervenían en algunos de estos actos, era solo como representantes de sus amos. Aunque todos eran iguales por su estado, no lo eran sin embargo, bajo otros aspectos, particularmente, respecto á los servicios que que prestaban y aun, hubo algunos, los esclavos del pueblo romano, por ejemplo, que podían tomar cierta parte en los actos civiles.

El poder sobre los esclavos fué absoluto al principio, pero en la práctica estuvo moderado por la sencillez de las costumbres; mas tarde, la depravacion de estas por parte de los esclavos y de los señores, y el poco precio de los primeros, fueron causas de que fuesen muy maltratados, si bien se apreciaban ya los servicios que algunos, con sus talentos y sus virtudes, podían prestar. Fácil es calcular hasta donde llegarían los abusos en un pueblo que no se distinguió jamás por sentimientos benévolos y desinteresados. Los abusos exijieron la reforma: la Filosofía griega la inició, y el Cristianismo la llevó á cabo.

Desde Augusto hasta Antonino Pio, se dieron sucesivamente diversas leyes, prohibiendo diferentes actos de crueldad que se cometían con los esclavos, y aun se les permitía cambiar de amo cuando les convenía. El rigor de la esclavitud fué moderándose sucesivamente, hasta que cuando los bárbaros invadieron las provincias del imperio, aparecieron los colonos, que son una gradacion entre la antigua esclavitud y el proletarismo moderno. Los derechos sobre las adquisiciones de los esclavos no espermentaron las mismas modificaciones: siempre fueron para los amos; pero las costumbres introdujeron que los esclavos no fuesen despojados injustamente de lo que se llamaba su peculio.

De los ingenuos.

Entre los hombres libres, unos no han sido esclavos nunca, y otros lo han sido alguna vez: los primeros se llamaban ingenuos, y los segundos libertinos. Desde que nace el ingenuo, ocupa un lugar entre los hombres libres, en su familia y en la ciudad. Nunca ha estado sometido á ninguna servidumbre, pues no debiendo su libertad sino á su nacimiento, no recó-

nocia sujecion alguna. Pero veámos en que casos nace un hijo libre y por consiguiénte ingénuo: el 1º era que todo hijo concebido en léjítimas nupcias, seguia la condicion del padre en el momento de la concepcion, cualquiera que fuese despues, la condicion del padre: el 2º que cuando no habia matrimonio, el hijo seguia la condicion de la madre: si era ella libre, nacia libre, si esclava esclave, ya sea el padre libre ó esclavo; pero este rigorismo del derecho primitivo, se modificó admitiendo como principio general, que bastaba que la madre hubiese gozado de la libertad, siquiera un instante, en el tiempo de la gestacion, para que el hijo fuese libre.

La ingenuidad era una cualidad que no se perdia aunque haya sido un individuo reducido á la esclavitud y despues emancipado; pues ni la esclavitud ni la emancipacion, perjudicaban su injenuidad, solo en el caso de que él hubiese permitido en la esclavitud para participar del precio la podia perder.

De los libertinos.

Los hombres que pasaban de una justa esclavitud á la libertad, eran los libertos ó libertinos. Nunca fué igual en Roma la consideracion de estos, á la de los hombres que habian nacido libres. Prescindiendo de otras circunstancias, los libertinos no tenian familia natural sino civil, que era la del patrono, y esta relacion entre el que daba la libertad ó manumisor y el que la recibia ó manumitido, es sin duda una parte del parentesco llamado jentilidad, desconocido en los últimos tiempos y fuente de multitud de derechos, que en adelante indicaremos.

La manumision no podia ser en Roma, donde el estado absorbia al ciudadano, un acto meramente privado: la ciudad debia intervenir en él, y en efecto intervino, unas veces, representada por el censor; otras, por diversos magistrados y otras en fin, intervino por si misma, en los comicios: de aquí los tres modos públicos de manumitir conocidos entre los Romanos, que por lo mismo de ser públicos y eminentemente civiles, exigian en los amos que pretendian usarlos, el poder sobre sus esclavos, llamado *quiritario*. Estos tres modos de manumitir eran el censo, la vindicta y el testamento. El censo desapareció. La vindicta era una aplicacion figurada del proceso llamado *causa liberalis*, proceso que no era otra, sino un caso particular de la *in jure cessio*.

La manumision por testamento, era *directa* ó *fideicomisaria*.

Con la introduccion del Cristianismo apareció un nuevo modo de manumitir que se practicaba en presencia de los obispos y del pueblo.

La manumision hecha de los modos que llevamos indicados, daba la libertad de derecho y junto con ella la ciudadanía; pero empleaban los Romanos tambien otros modos de manumitir que llamaban privados, los que no producian al principio una libertad completa é irremisible, sino por beneficio del Pretor. Los que eran manumitidos de este modo, se decia que vivian en libertad, mas tarde estos fueron los libertinos llamados *latinos junianos*.

Realmente no hubo al principio mas que una clase de libertinos; mas despues las leyes *Ælia Sentia* y *Julia Norbana* introdujeron tres clases de ellos.

La primera exigió un requisito mas para que la manumision fuese perfecta: que el esclavo tuviese treinta años ó que fuese manumitido por vindicta y con aprobacion del consejo, y estableció ademas, que los esclavos que hubiesen sido condenados á penas infamantes, cualquiera que fuera el modo como fuesen manumitidos, no se hiciesen ciudadanos, sino *dediticios*.

La segunda ley estableció, que los manumitidos por los modos privados, no solo adquiriesen la libertad de hecho, sino la de derecho, quedando en la clase de *latinos junianos*. Los latinos junianos participaban de algunos derechos civiles y tenian la esperanza de llegar, por diferentes medios, á obtener la ciudadanía; los dediticios no gozaban de aquellos derechos, ni tenian esta esperanza.

Todas estas clases de libertinos fueron reducidas por Justiniano á una sola, de suerte que, á excepcion de los derechos de patronato, no habia ya diferencia entre un libertino y un ingénuo. Los derechos que se concedian al manumisor sobre el manumitido, ó sea derecho de patronato, eran los conocidos con los nombres de *obsequia*, *operæ*, *jura in bonis*.

Quienes no pueden manumitir.

Las manumisiones no tuvieron, al principio, otras restricciones que el interés de los amos, pero cuando llegó el tiempo en que los amos, usando de su poder de manumitir, causaron graves perjuicios á la república, fué preciso que la ley pusiese un límite á ese poder; las leyes *Ælia Sentia* y *Fusia Caninia* se encargaron de ésto.

La primera de estas leyes, dada en tiempo de Augusto, he-

mos dicho que introdujo una clase de libertinos y exigió que para que los manumitidos se hiciesen ciudadanos, tuviesen la edad de treinta años, ó fuesen manumitidos por vindicta y con aprobacion del consejo; y además de esto dispuso, que ninguno manumitiese en fraude de los acreedores y que ningun menor de veinte años manumitiese, sino por vindicta y con aprobacion del consejo. De las dos primeras disposiciones hemos hablado: vamos á hablar de las otras dos.

Manumitir en fraude de los acreedores, es aquí manumitir con intencion de perjudicar á sus acreedores; de suerte que, faltando la intencion ó el hecho del perjuicio del acreedor, no tiene aplicacion lo dispuesto por la ley. Tampoco tenia aplicacion esta ley, cuando la manumision, aunque fuese perjudicial á los acreedores, se hacia para morir con un heredero testamentario.

El menor de veinte años segun lo dispuesto por la ley *Ælia Sentia*, no podia manumitir sino por vindicta y con aprobacion del consejo; de suerte que, ni aun por testamento podia hacerlo. Esto pareció injusto, cuando ya en las manumisiones se dejó de atender mas á la conveniencia pública, que á los principios de la naturaleza; y despues de haber estado el menor de veinte años, facultado para manumitir por testamento desde los diez y siete años Justiniano lo autorizó para hacerlo desde la edad de catorce.

Adrogacion de la ley *Fusia Caninia*.

La ley *Ælia-Sentia* limitó las manumisiones entre vivos; y como nada hubiese dispuesto esta ley respecto de las manumisiones que se hacian á la hora de la muerte, la ley *Fusia Caninia* proveyó á esto, disponiendo que el que tuviese dos esclavos, pudiera manumitir ambos: el que tuviese hasta diez, la mitad; hasta treinta, la tercera parte; hasta ciento, la cuarta; y hasta quinientos la quinta: de manera que nadie pudiese manumitir á la hora de su muerte, mas de cien esclavos. Cuando el número de esclavos manumitidos era mayor que el permitido por la ley, los primeros no mas eran libres. Todo lo que se hacia en fraude de la ley era nulo: así es que si los nombres de los esclavos estaban puestos en círculo, á fin de no poder distinguir los primeros de los últimos ninguno de ellos estaba libre. Esta ley fué abrogada por Justiniano.

Hombres de su dercho y de ajeno derecho.

Los hombres, en sus relaciones con la sociedad de familia,

dijimos que se dividían en hombres de su derecho ó que no están bajo la potestad de nadie, y en de ajeno derecho ó que están bajo la potestad de otro. La sociedad de familia, aunque formada por la naturaleza, no fué considerada al principio por los Romanos, sino bajo un aspecto puramente civil, y bajo este aspecto, su vínculo de union era la agnacion, vínculo civil que fué al principio, el único fundamento de todos los derechos de familia.

La familia, en un sentido lato comprendió la muger, los hijos, los hombres libres, dados en mancipium, y los esclavos; en otro mas estricto, comprendió solo los padres y los hijos; y en otro, no solo los individuos que componian una familia particular, sino tambien todos los que, por la muerte de un pater familias, se habian separado, para constituir, cada uno por sí, una familia independiente.

Pero la constitucion de la familia romana no era la señalada por la naturaleza y por eso hubo de desaparecer con todas sus consecuencias. Esta es la razon porque las instituciones no examinan los poderes manus y mancipium y tratan únicamente del poder potestas. Veremos la marcha lenta que siguió la Jurisprudencia para fundar los derechos de familia en las prescripciones de la naturaleza, al tratar de la importante materia de las sucesiones; como ya habíamos del poder potestas en lo relativo á los esclavos, ó sea de la domínica potestad, no vamos á ocupar ahora de la pátria potestad.

Patria Potestad.

La pátria potestad, lo mismo que la domínica potestad, era absoluta en un principio; no tenia otros límites que los que le imponia el amor de los padres á los hijos: las costumbres primero y despues la ley, la encerraron en sus justos límites. La Filosofía inició la reforma y la concluyó el Cristianismo. En tiempo de Alejandro Severo, desapareció completamente el poder de vida y muerte que tenian los padres sobre los hijos, quedando establecido que el padre podria señalar la pena que el majistrado habia de imponer al hijo culpable. La noxa ó entrega de los hijos, en reparacion de los daños que habian causado, desapareció tambien en el mismo siglo, primero respecto de las mugeres, y poco despues respecto de los hombres.

La venta de los hijos, dejó por el mismo tiempo de hacerse para lucrar y se le dió desde entónces un carácter ficticio con el objeto de emancipar á los descendientes; pero Cons-

tantino y Justiniano dejaron vijente el principio, de que el padre podía, en caso de extrema necesidad, vender á su hijo recién nacido. Ultimamente, la esposicion de los hijos estaba abolida, desde mucho tiempo ántes. En cuanto á los bienes, aunque la suerte de los hijos fué al principio, la misma que la de los esclavos, con el tiempo esperimentó grandes modificaciones que señalaremos, al hablar de los peculios.

Nupcias,

Las nupcias forman el primer modo de adquirir la pátria potestad. Distinguan los Romanos las justas nupcias del matrimonio en general.

El matrimonio entre los Romanos, aunque se celebraba con muchas solemnidades y aunque intervénian en él, algunas ceremonias religiosas, nunca fué visto sino como un contrato, como un asunto simplemente privado. [Si se disputa sobre cuál era la naturaleza de este contrato, nosotros diríamos que era real; en efecto, no lo perfeccionaba, ni el consentimiento simple, ni ninguna de las ceremonias que acompañaban su celebracion, sino la tradicion de la muger, tradicion que iba acompañada de actos mas ó menos fastuosos y solemnes, simbólicos todos del destino de la consorte en el matrimonio y que, por lo regular consistian en la simple intencion].

El contrato dotal fué en un tiempo requisito del matrimonio, entre personas ilustres. Las costumbres introdujeron el que se celebrase un contrato prévio al matrimonio, los esponsales; pero este contrato nunca fué obligatorio en derecho y no producia otro efecto, que el descrédito que sobreviene á la persona que no cumple sus compromisos y la pérdida de las arras en favor de la persona inocente.

Desde los primeros tiempos, el matrimonio estuvo sujeto á muchas prescripciones. Ulpiano señala tres clases de ellas: la pubertad, el consentimiento y el connubium. La pubertad, ó sea el desarrollo físico, estuvo al principio, sujeta al arbitrio de los padres; despues, la ley la señaló tanto para las mugeres quanto para los hombres (la edad de doce años para aquellas y la de catorce para estos). No solo la impotencia por defecto de edad, sino por cualquiera otra causa, era para los Romanos, un impedimento del matrimonio. El consentimiento no solo de los interesados, sino tambien el de los jefes de ambas familias, y particularmente el del padre del varon, debia preceder necesariamente á la celebracion del matrimonio; pero no podian los padres negarse arbitrariamente á prestarlo.

Con el tiempo, se autorizó á los hijos á que se casásen sin el consentimiento de sus padres, cuando por incapacidad ó ausencia, no se hallaban en estado de darlo.

Connubium.—No basta consentir, tener la edad competente y ser soltero para casarse: es preciso además, que haya posibilidad legal, de que se realice el pretendido matrimonio y esta posibilidad legal ó capacidad relativa que tienen dos individuos para casarse, es lo que se llama *connubium*.

El *connubium* se refiere en primer lugar al parentesco, tanto civil como natural. Las prohibiciones que nacen de ámbos, son con muy pequeña diferencia iguales. En la línea recta, están prohibidos en todo grado y subsiste, aun cuando se disuelva el parentesco simplemente civil. En la línea colateral, solo están impedidas aquellas personas que ambas ó una sola, están inmediatamente bajo el tronco común. El matrimonio entre los primos, en un tiempo fué prohibido á influjo de la religión cristiana; pero generalmente fueron permitidos. Hay otro parentesco, la afinidad, que es la relación entre las parentelas de dos individuos que se casan y que solo produce impedimento entre cada cónyuge y los parientes del otro. En la línea recta, la prohibición es hasta el infinito; en la colateral, solamente en tiempo de Constantino, se prohibieron entre los cuñados. El matrimonio disuelto y los esponsales, producen también impedimentos; pero solo en la línea recta.

El parentesco de la sangre, ya viniese por contubernio, ya por concubinato ó por cualquiera otra unión ilícita, producía los mismos impedimentos que la agnación, bastando para este efecto toda presunción fundada sobre la realidad del parentesco. Este es el primer efecto legal que se atribuyó al parentesco de la sangre.

El *connubium* se refiere en segundo lugar, á las consideraciones políticas que tenían presentes los Romanos en sus enlaces matrimoniales. Las XII Tablas habían prohibido las nupcias entre patricios y plebeyos, las disenciones suscitadas por esta disposición fueron terminadas por la ley Canuleia que suspendió la prohibición.

En tiempo de Augusto, la ley Papia Poppea permitió algo más, permitió los matrimonios entre ingenuos y libertinos, exceptuando á los senadores y sus hijos, quienes no podían casarse con personas abyectas. Justino y Justiniano hicieron desaparecer los últimos restos de las diferencias sociales que habían establecido los antiguos romanos, levantando esta prohibición.

Habia tambien otras prohibiciones: como el tutor ó sus hijos y la pupila, antes de rendirse las cuentas; entre el magistrado y la muger natural de la provincia; entre el raptor y la robada; entre la muger adúltera y su cómplice y entre el cristiano y el judío. El matrimonio celebrado con arreglo á todas estas disposiciones era lejítimo y producía la patria potestad sobre toda la descendencia por la línea masculina; la autoridad marital que en un principio fué como la que se tenía sobre los hijos y que despues quedó legalmente reducida á los términos que le prescribe el Derecho Natural; y por último, la filiacion notoria de los hijos habidos del matrimonio, aún diez meses despues de disuelto.

No fué nunca un efecto indispensable del matrimonio, el poder *manus*, sino una cosa accesoria, que se adquiría bien por las solemnidades de la confarreacion, ó de la coemptio, bien por el uso. Mas fueron desapareciendo sucesivamente y por distintas causas, estos tres modos de adquirir la potestad marital, hasta que la misma potestad no existía ya en tiempo de Justiniano.

El matrimonio producía tambien efectos, respecto de los bienes: habia dote, bienes parafernales y donaciones *propter nuptias*. Por el contrario, la union en que se habian infringido las prescripciones legales, no producía ninguno de los efectos que hemos señalado, respecto de las personas y de los bienes y antes bien, eran castigados segun la gravedad de la infraccion.

En teoría, era indisoluble el matrimonio; pero como en él no habia otro vínculo, que el del mútuo consentimiento, fácil es comprender que no era difícil su disolucion aún en vida de ambos cónyuges; y así como era asunto privado su celebracion, tambien lo era su disolucion. Se disolvía el matrimonio, por muerte de uno de los cónyuges, por la pérdida de la libertad y por el divorcio. El divorcio estaba establecido en las XII Tablas; pero se cree generalmente que hasta el año quinientos, no se presentó el primer caso de divorcio. La disolucion de las costumbres, hizo muy comunes los divorcios; y para disminuirlos, las leyes Julia y Papia Poppea primero, despues Teodosio y Valentiniano y por último, Justiniano, determinaron los motivos legales de separacion, castigando á los que las infringian; pero dejando siempre al divorcio, su carácter de asunto meramente privado.

Disuelto el matrimonio, cesaban todos sus efectos legales y quedaban los cónyuges aptos para volverse á casar inmediatamente; sin embargo, la muger no podia hacerlo antes del año

de luto, sin incurrir en cierta infamia. La ley Papia Poppæ, castigaba á los que no se volvian á casar. Teodosio y Valentiniano y despues Justiniano, impusieron ciertas penas á los que contraian segundas nupcias.

Concubinato.—Habia en Roma una institucion muy semejante al matrimonio, y que únicamente se diferenciaba de él, en las consecuencias que producia el concubinato, que no era deshonoroso sino para la mujer, y que no producía, ni la pátria potestad del padre sobre los hijos, ni la igualdad de posicion social entre el marido y la mujer; pero que siempre iba acompañado de las intenciones de hacer vida indivisible, como si en realidad no se hubiera contraido un concubinato, sino legítimas nupcias. Solamente los contratantes podian determinar, si se habian unido en matrimonio ó en concubinato, porque esto quedaba á su voluntad; mas esta voluntad, esta intencion marital, se manifestaba casi siempre por diversas circunstancias, como la posicion social de la mujer, sus costumbres, la manera de hacer vida comun; así de una matrona no se habria dicho que se unia en concubinato, mientras no hubiese sido terminantemente manifestado; como la union con una mujer de malas costumbres habria sido calificada de concubinato, á no ser que mediase un acto, como una escritura dotal, que probase lo contrario.

El concubinato no estaba sometido á otros impedimentos, que á los producidos en el matrimonio por el parentesco. Los efectos eran: la notoria filiacion de los hijos, y por consiguiente, el que éstos pudiesen ser legitimados. El concubinato como institucion legal, quedó abolido en tiempo del Emperador Leon, á influjo del Cristianismo.

Legitimacion.

El segundo modo de adquirir la pátria potestad, es la legitimacion. Hasta Constantino no se conoció una institucion legal, que tuviese por objeto directo, poner bajo la potestad á los hijos que no habian nacido en ella: ántes, la concesion que, frecuentemente se hacia de la ciudadanía romana, traía como consecuencia, la patria potestad; pero la legitimacion como principio de derecho, no estaba establecida. Constantino dispuso que todos los que, hasta el dia de la ley, tuviesen hijos en una concubina, pudieran legitimarlos, casándose con ella; siempre que no hubiese habido impedimento para el matrimonio, al tiempo de la concepcion de los hijos. Justiniano hizo despues extensivo este modo de legitimar, por subsecuente matrimonio.

La oblacion á la curia, que es otro modo de legitimar, tuvo en tiempo de Teodosio, el objeto de que los hijos, cuyos padres no tuviesen otros legítimos, heredasen por testamento el todo ó gran parte de los bienes paternos. Esta constitucion se fué ampliando, hasta que fué considerada como un medio de legitimar, aun en el caso de haber hijos legítimos. Por rescripto del príncipe, se legitimaba no habiendo hijos legítimos, cuando los padres no se habian podido casar por muerte ó impedimento de naturaleza, y solicitaban del príncipe, la gracia de la legitimidad.

La legitimacion, nunca fué extensiva á los hijos de padres inciertos, sino á los llamados liberi naturales, y tambien no pudo hacerse, sino con el consentimiento de los mismos hijos

Adopcion.

La adopcion es el tercer modo de adquirir la patria potestad. Existe desde los tiempos mas remotos; por el principio tenia un carácter político, mas que civil; pues, aunque su objeto fué siempre evitar la extincion de las familias patricias, se hacia con la intervencion del pueblo, cosa muy conforme con la Constitucion Política de los Romanos. Con el tiempo, esta institucion, lo mismo que algunas otras, pasó del derecho público al civil, si bien conservando en una de sus referencias, algo de su carácter primitivo. La adopcion se refiere, tantos a los padres como á los hijos de familia; bajo el primer aspecto, se llama adrogacion, y bajo el otro, adopcion propiamente dicha. La primera, mas antigua que la otra, fué la que se hizo en los comicios curiados y cuando los comicios dejaron de reunirse, se hizo ante treinta Lictores, presididos por un magistrado; mas tarde se hizo por rescripto imperial.

La adopcion, propiamente dicha, como que tiene por objeto destruir la potestad en el padre natural y darla sobre el adoptivo, se verificó al principio por los ritos de la mancipacion y de *cessio in jure*; en tiempo de Justiniano, bastaba que los interesados ocurriesen ante el magistrado, á manifestarle su voluntad de hacer la adopcion, y dispuso ademas, que cuando la adopcion fuese hecha por uno que no era ascendiente, no produjera la patria potestad, sino únicamente los derechos de sucesion abintestato.

La adrogacion no era aplicable á los impúberes, porque no podian asistir á los comicios; pero Antonino Pío, dispuso que los impúberes pudiesen tambien ser adrogados con conocimiento de causa y dando caucion al abrogante, de que si el

impúber moria antes de llegar á la pubertad, devolveria sus bienes á la familia natural, y de que si lo emancipaba ó desheredaba, sin justa causa, le restituiria todos sus bienes y le daria además, la cuarta parte de los suyos propios.

Los efectos de la adopcion son todos los de la patria potestad. En cuanto á los requisitos que se exigen en los que intervienen en ella, todos se deducen estrictamente de este principio: la adopcion imita la naturaleza; de aquí es que ni los castrados, ni las mujeres podian adoptar, y que el adoptante debia tener una pubertad mas que el adoptado. A las mujeres que habian perdido sus hijos, se les permitió con el tiempo, adoptar. Para completar el cuadro de los derechos que abraza la potestad de un ciudadano, dirémos algo respecto del *mancipium*.

Los hombres libres podian caer bajo el poder de un ciudadano, por medio del rito solemne de la mancipacion, pero sin perder su cualidad de ingénuo. El hombre en este estado, era como esclavo, pero no se tenia sobre él, los mismos derechos que sobre un siervo. Bien pronto la mancipacion se aplicó en todo su rigor, solo para el caso de noxa. Tambien la noxa desapareció, y la mancipacion solo se aplicó para destruir el poder paterno.

Disolucion de la potestad.

Después de haber tratado de la potestad bajo sus cuatro aspectos históricos, vamos á ocuparnos de su disolucion, bajo los mismos aspectos.

La doméstica potestad, terminaba únicamente por la manmision. La patria potestad se disolvia por ciertos acontecimientos por la emancipacion y por ciertas dignidades.

Como la patria potestad es uno de los elementos que componen el derecho de un ciudadano, todas las causas que extinguian éste derecho de ciudadanía, extinguian tambien la patria potestad. Poco despues, indicaremos las causas que privaban de la ciudadanía.

Ni la edad, ni ninguna dignidad, libraban por regla general, á los hijos del poder de sus padres. En tiempo del paganismo, solo los grandes sacerdotes, salian de la potestad de sus padres; pero era para entrar en la de los dioses. Bajo el Cristianismo, desde Constantino hasta Justiniano, muchas dignidades, tanto civiles como eclesiásticas, libraban de la patria potestad, pero sin privar de los derechos de familia.

Emancipacion.—El derecho primitivo no reconocia en los

padres poder para exonerar á los hijos de su potestad; pero llegaban á este resultado por el siguiente medio indirecto:

La ley de las XII Tablas reconocía en los padres la facultad de vender á sus hijos, y la costumbre había establecido que los hijos varones quedasen libres de la potestad paterna, despues de tres ventas y otras tantas manumisiones, y las mugeres y los nietos despues de una venta y una manumision. Este procedimiento empleaban los padres cuando querian exonerar á sus hijos de la patria potestad; y como las ventas se hacian con el acto de la mancipacion, se dió el nombre de emancipacion al acto de hacer hombres de su derecho á los hijos de familia.

En estas ventas, se introdujo el contrato de fiducia con el objeto de que el padre adquiriese los derechos de manumitir á sus hijos. El emperador Anastacio dispuso que para emancipar á los descendientes, bastase un rescripto imperial. Justiniano mandó que la voluntad de los padres y de los descendientes, manifestada ante la autoridad competente, fuese suficiente para la emancipacion. Habia algunos casos en que se privaba á los padres, contra su voluntad, del poder paterno tales eran: la prostitucion de las hijas, la esposicion de los hijos, el contraer un matrimonio incestuoso y el reprobar la adopcion, el púber que habia sido adoptado, ántes de la púbertad.

El poder *manus* no se sabe á punto fijo como terminó; pero es mas que probable que terminase entre otras causas, por la emancipacion de la muger y por el repudio. El mancipium terminaba por la manumision; pero es indudable que respecto de estos manumitidos, no habian las diferencias introducidas por las leyes *Ælia Sentia* y *Julia Norbana* y que tampoco se les podia impedir la inscripcion en el censo como si fueran hombres completamente libres, á ménos que estuviesen en el mancipium por causa de noxa.

Tutelas.

Nos ocuparemos ahora de los hombres de su derecho. Entre éstos, unos son capaces y otros nó. Los incapaces deben ser dirigidos por otro capaz. Esta necesidad fué reconocida, desde los primeros tiempos por la Jurisprudencia romana, y para satisfacerla, se estableció dos instituciones, dándoles el carácter peculiar de todas las instituciones romanas. Estas instituciones son la tutela y la curatela. La primera, para los incapaces por causas comunes, como la edad y el sexo; y la segun-

da, para los incapaces por causas no comunes, como el furor, la demencia, la prodigalidad.

En rigor puede decirse que no hicieron los Romanos una verdadera clasificación de la tutela; pero, siguiendo á la Instituta, la dividiremos en testamentaria, legítima, dativa y fiduciaria.

Tutela testamentaria.—Estuvo consagrada en las XII Tablas como una parte de la autoridad paterna, con estas palabras: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.* De este principio se deduce que solo los que tienen patria potestad, pueden nombrar tutores en testamento, y solo á los hijos que están bajo su potestad y solo á los que despues de su muerte, no han de pasar á la de otro. Se deduce tambien que este nombramiento puede hacerse en beneficio de los postumos.

El rigor lógico de estos principios tuvo que ceder á la verdadera necesidad, así es que los padres pudieron mas tarde nombrar tutores á sus hijos emancipados y á los naturales; y las madres, lo mismo que las personas estrañas, á sus hijos ó fagregcidos; pero éstos nombramientos debian, en todo caso, ser confirmados por el magistrado.

La tutela era uno de los elementos de la ciudadanía, así solo un ciudadano podia nombrar tutor en testamento y solo un ciudadano tambien podia recibir este cargo, que era temido entre los Romanos como cargo público.

Los hijos de familia podian optar este cargo, porque solo en las relaciones privadas de la familia estaban limitados sus derechos, siendo en lo demas unos verdaderos ciudadanos. Los esclavos tambien podian ser nombrados tutores testamentarios, siempre que al conferirles el cargo, se les diese la posibilidad de llegar á ser ciudadanos, esto es, se les dejase la libertad y así este nombramiento quedaba sujeto á todas las condiciones de que dependia la libertad.

La capacidad necesaria para el ejercicio del cargo de tutor era exijida en los que habian de ejercerla; nadie por esto podia administrar la tutela antes de los veinticinco años ó estando en incapacidad legal ó mental. Tampoco se podia nombrar tutor en testamento á personas inciertas; supuesto que este nombramiento supone un conocimiento de las cualidades del nombrado. Ultimamente, el nombramiento de tutor testamentario podia ser simple ó condicional.

Tutela legítima de los agnados.

Esta es la tutela conferida á determinadas personas, por las XII Tablas directamente ó por consecuencia de disposiciones. Las XII Tablas hacían depender todos los derechos de familia, del parentesco civil llamado agnacion. Uno de estos derechos es la tutela legítima, que era conferida por dicha ley al agnado mas próximo, capaz de desempeñarla.

La tutela legítima tiene lugar cuando no hay absolutamente tutor testamentario, sea porque el testador nada dispuso sobre el particular, sea porque el tutor nombrado, murió antes que el testador.

Disminucion de cabeza.

Vamos á examinar las causas que modifican la agnacion para completar el análisis que hemos hecho de las tutelas, su puesto que estas instituciones legales no tenían por fundamento, sino el vínculo civil de la agnacion.

Los elementos constitutivos del estado de un ciudadano romano son: la libertad, la ciudad y la familia: cada uno de estos tres elementos se modificaban de distinto modo y producian diferentes efectos en el derecho de un ciudadano. El que pierde la libertad deja de ser ciudadano y pierde tambien la familia, porque todos los principios del Derecho Civil de los Romanos se refieren únicamente á los hombres libres que son ciudadanos.

La pérdida de este primer elemento del estado de un ciudadano, es lo que se llama *máxima capitis deminutio*.

El que deja de ser ciudadano puede conservar la libertad, pero pierde la familia. Esta pérdida del segundo elemento que lleva consigo la del tercero, es lo que se llama *mediá capitis deminutio*. El tercer elemento no se pierde, sino perdiendo al mismo tiempo cualquiera de los otros dos independientemente de ellos solo se cambia; así se puede conservar la libertad y la ciudadanía, aunque se cambie la familia á que se pertenecía, por otra de la que bien se puede ser jefe ó súbdito. En tiempo de Justiniano, la libertad se perdía únicamente por la servidumbre de la pena, institucion abolida despues por el mismo, por la ingratitude del liberto para con su patrono y por la venta de la propia libertad para participar del precio.

En tiempos anteriores, se perdía tambien por causas que poco á poco fueron cayendo en desuso. La ciudadanía se per-

dia por la prohibicion del agua y del fuego: ésta fué la primera forma del destierro perpétuo. Se pierde tambien por la deportacion, manera de privar de la ciudadanía que subrogó á la anterior y que obligaba á vivir perpétuamente en un lugar determinado. La relegacion era una manera de desterrar; pero no quitaba la ciudadanía.

La familia se pierde dejando de ser hombre libre ó ciudadano; y se muda por otra, por la adopcion y por la emancipacion. Todas las circunstancias que llevamos indicadas modifican la agnacion, pero no la cognacion, que como parentesco natural, permanece el mismo, cualquiera que sean las trasformaciones que experimente el individuo. La pérdida de la libertad, la de la ciudadanía y la mudanza de la familia, llevan un mismo nombre en atencion al conjunto de los hombres libres, de los ciudadanos y de los miembros de una familia y no, en consideracion al individuo mismo, que sufre estas modificaciones.

Tutela legitima de los patronos.

Esta es una especie de tutela legítima: está fundada, no directamente en las XII Tablas, sino en la aplicacion que se hizo de sus principios. Manumitido un siervo impúber, necesitaba un tutor, porque ni estaba bajo la potestad de nadie, ni podia en la impubertad dirigirse por si mismo. Este tutor no podia ser testamentario, porque en primer lugar, nadie tenia pleno derecho de nombrárselo y porque en segundo, no siempre se le manutiria en circunstancias de que este nombramiento pudiese verificarse; no podia tampoco ser legítimo, porque el liberto formando él solo una familia, no tenia agnados que pudiesen ser sus tutores; pero como la ley de las XII Tablas unia, en cierto modo, al liberto con la familia del patrono, dándole á éste y á sus hijos la herencia de aquel; los juriscónsultos encontraron equitativo que los patronos y sus hijos fuesen tutores de los libertos impúberes: este es el origen del conocido axioma jurídico, donde está el beneficio de la herencia, debe estar la carga de la tutela.

Tutela legitima de los padres.

Esta es una segunda especie de tutela legítima de la misma clase que la anterior. Emancipado un hijo impúber por su padre, quedaba en la misma situacion que el liberto impúber manumitido por su patrono, aun se le consideraba en cierto

modo, como liberto; pues ya hemos indicado que, para emancipar á los hijos, se les vendía una ó tres veces, y que por lo mismo caían en el poder mancipium de su padre ó de un extraño. El padre emancipador, por el hecho de ser considerado como patrono de su hijo, tenía sobre él, el derecho de herencia, y también el de tutela, según la aplicación, que según vimos, anteriormente, hicieron los juriconsultos romanos, de los principios de las XII Tablas.

Cuando las ventas que hacían los padres de sus hijos, con el objeto de emanciparlos, eran ficticias y no reales, la tutela que ejercían sobre ellos, se llamaba fiduciaria y no legítima, por que los padres emancipadores no adquirían un verdadero patronato sobre sus hijos emancipados; no obstante, los juriconsultos en honor al padre, le dieron á esta tutela el carácter de verdaderamente legítima. También se dió el nombre de tutela fiduciaria, que correspondía ejercer sobre el impúber emancipado, al manumisor extraño de dicho impúber; pero esto más tarde no sucedió así porque como ya hemos dicho, intervenía en las ventas que se hacían de los hijos con el objeto de emanciparlos, el contrato de fiducia, contrato que después Justiniano supuso siempre en estos asuntos.

Tutela Fiduciaria.

Esta tutela por cuanto no se deriva, ni directa, ni indirectamente de los preceptos de las XII Tablas, no se llama legítima sino fiduciaria, por estar fundada en la confianza que inspiran las personas que están llamadas á desempeñarla. Cuando un hijo impúber emancipado, no tenía padre vivo que ejerciese su tutela legítima, ni tampoco un tutor testamentario nombrado aunque imperfectamente por dicho padre, la Jurisprudencia estableció que los hermanos mayores de veinticinco años de ese impúber, fuesen sus tutores. A estos tutores no se les dió el nombre de legítimos, porque ni son agnados del impúber emancipado, ni tienen el derecho de heredarlo: se les llamó fiduciarios, porque son las personas que más confianza inspiran para desempeñar esta tutela, como quiera que son los indicados por la naturaleza para ejercerla.

Tutela dativa.

Llamada así por los comentadores, tenía por objeto llenar el vacío que ofrecía la falta de tutores testamentarios y legítimos. La ley Atilia, dada en el siglo V ó VI, fué la primera

que estableció esta especie de tutela en Roma; y la ley Julia y Titia, fué la que la estableció en las provincias. Ambas leyes concedieron la facultad de nombrar estos tutores á distintos magistrados; pero no como una facultad inherente á su jurisdiccion ordinaria, sino como una facultad extraordinaria; por eso es que en los diversos tiempos, diferentes magistrados tuvieron el poder de nombrar tutores dativos.

Al principio nombraban estos tutores en Roma, el pretor urbano con acuerdo de la mayor parte de los tribunos y en las provincias, los presidentes de ellas; en tiempo de Justiniano, el prefecto y el pretor segun su jurisdiccion los nombraban en Roma y los presidentes hacian ese nombramiento en sus provincias cuando, prévio informe, eran cuantiosos los bienes del pupilo; cuando eran pocos, diferentes funcionarios lo podian hacer, aún sin acuerdo del presidente. El nombramiento de tutor dativo debe verificarse cuando no hay absolutamente tutor testamentario, ni lejítimo; cuando el testamentario está transitoriamente impedido para ejercer el cargo, y cuando al mismo se le admite la excusa que presenta ó se le desistuye.

Tutela de las mugeres.

Para completar el exámen histórico de las tutelas, diremos algo sobre esta tutela, fundada únicamente en la debilidad del sexo, ó mas bien, en la constitucion de la familia y que ya en tiempo de Justiniano no existia absolutamente.

Las mugeres, al salir del poder de sus padres, de sus tutores ó de sus maridos, no quedaban completamente libres, sino que caian bajo la autoridad de un tutor mientras no contrajesen un nuevo matrimonio. Este tutor podia ser nombrado en testamento por el jefe de la familia á que estaba sometida la muger para quien se nombraba: el marido en lugar de hacer este nombramiento, solia autorizar á la muger para que ella eligiese á su tutor y en semejante caso, este tutor se llamaba tutor activo.

No habiendo tutor testamentario, las mugeres caian bajo la direccion del tutor lejítimo, que lo era para las ingénuas, el agnado mas próximo, y para las libertas, el patrono ó sus hijos, aun cuando estos fuesen impúbaros. Tambien podian estar las mugeres bajo la autoridad de un tutor fiduciario, que lo es el manumisor de la muger dada en mancipio. Esta especie de tutela lejítima, lo mismo que todas las lejítimas, podia cederse en favor de otra persona que en este caso, se llamaba tutor cesionario.

A falta de tutor testamentario y legítimo, pedían las mugeres que se les diese uno dativo, en virtud de la misma ley Atilia, por la que se daban tutores á los impúberos. El carácter de todas éstas tutelas era el ser perpétuas: solo para entrar al poder del marido ó de una divinidad, salían las mugeres del poder de sus tutores. En tiempo de la república, todas éstas tutelas, á excepcion de las verdaderamente legítimas, quedaron reducidas á mera fórmula, y el rigor de estas tutelas fué eludido, convirtiéndolas en tutela fiduciaria, para lo que se ponía, bajo el poder mancipium, de cualquiera persona.

La ley ^o Papia Poppea como un premio á la fecundidad, libró á las ingénuas que tuviesen tres hijos, hasta de la tutela legítima; y las libertinas que tuviesen cuatro, únicamente de todas las demas tutelas. Desde entónces, comenzó á haber muger completamente libre de toda autoridad. Mas tarde, la ley Claudia suprimió en parte las tutelas legítimas, y lo que quedaba de esas cayó en desuso.

Administracion de la tutela.

Todo tutor debía, por regla general, hacer inventario de los bienes del pupilo y dar caucion de que desempeñaria bien la tutela.

Podia haber varios tutores á la vez, y la administracion se confiaba unas veces, á uno solo de entre todos ellos, otras á todos *in solidum*, y otras se dividia entre todos ellos. Cuando hay varios tutores testamentarios, se confia la tutela en primer lugar, al designado por el testador; en segundo lugar, al que de entre ellos ofrezca una caucion; en tercero, al que elija la mayoría de los tutores; y en cuarto, al que elija el magistrado con ese objeto. El mismo orden se observa cuando los tutores no son testamentarios, sino legítimos. Se dá la administracion en comun, quedando todos los tutores responsables *in solidum*, cuando no se convienen con la designación del tutor gerente, hecha por el magistrado. Se divide la administracion de la tutela, cuando el testador lo dispuso así y cuando el magistrado lo encuentra conveniente á los intereses del pupilo.

Las atribuciones del tutor gerente se refieren principalmente á la persona del pupilo, esto es, á la conservacion y educacion de la dicha persona y secundariamente á los bienes, esto es, á su seguridad y buena administracion, poniendo en todo, tanto cuidado como si se tratara de negocios propios.

La intervención del tutor en los negocios del pupilo, es una de las especialidades del Derecho Romano que merece alguna consideración.

Autoridad del tutor.

La intervención del tutor en los negocios del pupilo está muy lejos de consistir en una simple aprobación ó ratificación de los actos que este practique: se hace para completar la persona imperfecta del pupilo y por tanto, esa intervención que se llama autoridad del tutor, forma parte integrante de cada uno de los actos civiles del pupilo.

De distintas maneras interviene el tutor en los negocios del pupilo según fuera la edad de éste y la naturaleza de los negocios de que se tratase.

La Jurisprudencia primitiva desconocía absolutamente la representación de una persona por otra: Con el tiempo este principio se refirió únicamente á los negocios eminentemente civiles que debían practicarse con ritos y palabras solenes. Respecto de los demás negocios, se permitió la representación, aunque en ciertos casos que más tarde conoceremos.

La edad del pupilo fué dividida primitivamente en dos períodos, atendiendo al hecho de la palabra: al primero de ellos, se dió el nombre de infancia; solamente en los tiempos del imperio se estableció por Teodosio como principio general que la infancia terminase á la edad de siete años, y esto se hizo, á consecuencia de que desde mucho tiempo antes, se había introducido en la Jurisprudencia la opinión de que cada siete años, se verificaba una revolución completa en el organismo del hombre.

Esta división fué mejorada, subdividiendo la segunda época de ella en dos períodos: proximidad á la infancia, y proximidad á la pubertad; para lo cual se tuvo presente el desarrollo de la inteligencia, en grado suficiente para comprender los asuntos jurídicos y el desarrollo del juicio, que distinguen lo conveniente de lo perjudicial. La edad en que terminaba la primera de estas dos épocas y comienza la segunda, era la de siete ó ocho años: generalizándolos intérpretes del Derecho Romano, lo establecido por Teodosio sobre la infancia, la fijaron en el punto medio, entre la pubertad y la infancia, y esta es la doctrina admitida por las legislaciones modernas.

Mientras el pupilo es infante, nada absolutamente puede hacer por sí: la Jurisprudencia no presenta un remedio conforme á sus principios, para salvar este inconveniente: es

tutor, pues, debía proceder en general, como gestor de los negocios del pupilo.

El tutor no puede ser presentado durante la proximidad de la infancia, porque el pupilo, alida, no comprende por la edad, sino persona capaz de intervenir en un acto jurídico, en su embargo, no desde que pudiera hablar, como parte en los actos civiles que no podian practicarse sino personalmente, aunque solo fuese pronunciando, iniquamente las palabras solemnes que eran necesarias; y a su vez moderada el Derecho, se estableció que el tutor pudiera practicar, por el infante, ciertos negocios civiles que ántes le estaban prohibidos.

Llegado el pupilo á la proximidad de la pubertad, comprende aunque no puede discernir, por tanto, desde entonces deba figurar, en sus negocios con la intervencion del tutor, para que supla el discernimiento que él le falta, y que es indispensable para que el acto sea válido.

De lo dicho sobre la autoridad del tutor, se deduce que solo es necesaria, en aquellos negocios en que el pupilo necesita discernimiento, esto es, en aquellos en que puede quedar obligado; hé aquí porque el pupilo puede obligar á otro, sin la intervencion del tutor, pero no quedar obligado.

De qué maneras se acaba la tutela.

La tutela termina á veces para el tutor y el pupilo y otras para el tutor solamente. Acaba la tutela, llegando el pupilo á la edad de la pubertad. El hombre puber y mujer núbil, son los que se educan aptos para la generacion. Sudivididamente pierden el derecho de gobernarse por sí mismos, de haber testamentos y de casarse, á la pubertad; pero esta edad no sobreviene desde el principio y cuando lo fue, primero se determina la pubertad de las mugeres á los catorce años y despues la de los hombres á los catorce.

Termina la tutela, en segundo lugar, por cualquiera causa de *diminutio* que sufra el pupilo ó el tutor. Jejitimo, mas el testamentario y el dativo, solo por la *maxima* y la *media*. La tutela testamentaria como puede ser conferida, bajo de condicion ó por cierto tiempo, concluye tambien, cumplida la condicion ó terminado el tiempo. Ultimamente concluye la tutela por la remocion del tutor sospechoso y por la admision de una excusa, cosa de que trataremos en breve.

De los curadores.

A los impúberos y á las mugeres, se les ponía bajo la dirección de un tutor, pues á los incapaces por causas no tan comunes, como la impubertad y el sexo, se les ponía bajo la vijilancia de un curador. No habia sino dos especies de curatela: la lejítima y la dativa ú honoraria.

La ley de las XII Tablas ponía bajo la curatela de los agitados, á los furiosos y á los pródigos; pero estas palabras tenian un sentido muy diferente al que tiene en nuestro idioma. Farioso es aquel cuya demencia raya en delirio; pródigo es, no un dissipador cualquiera, sino el que derrocha la herencia al intestato de sus padres. Bien se vé que la curatela establecida por las XII Tablas estaba muy lejos de llenar los fines de esta institucion, por eso los pretores ampliaron la ley de las XII Tablas, nombrando curadores á los imbecíles y á todos los incapaces de administrar sus bienes, por causa de una enfermedad perpétua.

Ni aun así está satisfecha por entero la necesidad de auxiliar á los que son incapaces de dirijirse por sí; pues los mayores de la pubertad no están ménos espuestos á extraviarse en su conducta y á dilapidar sus bienes, aunque no sean amantes y gozen cabal salud. La primera ley que se dió con el objeto de remediar este inconveniente, fué la ley Platoria. No se sabe á punto fijo, el objeto y el contenido de esta ley; pero es indudable que se referia á los menores de veinticinco años y que castigaba á los que abandonaban de su inexperiencia. Es de creerse que esta ley estableció la curatela de los menores de veinticinco años por causa de mala conducta y demencia. Mas como esto no fuese suficiente, Marco Aurelio Antonino ordenó que se diesen curadores á los menores de veinticinco años, sin mas razon que el no haber cumplida esta edad; pero este nombramiento de curador que duraba hasta la edad de veinticinco años, no podia hacerse sino á petición y con voluntad del menor, si bien es cierto que las personas íntimamente unidas á él, estaban obligados á aconsejarle que pidiese un curador para remover los obstáculos con que tropezaría á cada paso, en la administracion de sus bienes, gozando como gozaba de la restitucion *in integrum*, á ménos que hubiese obtenido dispensa de edad; estándole prohibido en todo caso la enagenacion de sus bienes inmuebles, sin licencia del majistrado.

Hasta aquí hemos encontrado dos circunstancias que da-

En su lugar á la curatela: la incapacidad de los mayores de veinticinco años, y la minoridad, mas en ciertos casos tambien se daba curador á los que estaban en la tutela.

Resumiendo todo lo espuesto, vemos que están bajo curatela: primero, los furiosos y los prodigos, en el sentido que tenían estas palabras, y este es el único caso de curatela legítima; segundo, los dementes, los sordos, los mudos y los que adolecen de enfermedad perpétua; y tercero, los pupilos, cuando el tutor legítimo es incapaz, cuando los testamentarios y dativos están impedidos transitoriamente y cuando el testamentario se excusa por cierto tiempo.

El curador se dá especialmente para los bienes y secundariamente, para la persona. Esto no es decir que el curador no cuide de la persona del menor, sino que teniendo éste completa, su persona jurídica en la administración de sus bienes, no necesita sino el consentimiento del curador.

La curatela concluye cuando termina la causa por que se dió.

Caucion de los tutores y curadores.

Los tutores y curadores deben dar una seguridad de que procederán bien en la administración de su carga. Esta seguridad puede darse de distinto modo, con una simple promesa, con un juramento, con una prenda ó con fiadores; todas tienen el nombre genérico de caucion.

La caucion que se dá por medio de fiadores, *satisfactivo* y como la mas ventajosa, era la que generalmente se exigia á los tutores y curadores: estaban obligados á satisfacer, todos los tutores y curadores, excepto los tutores testamentarios y los nombrados con inquisicion por los magistrados mayores tambien estaba exceptuado el patrono por privilegio y como una consecuencia, el padre que ejercia la tutela de sus hijos emancipados. Si se negaban á satisfacer, los tutores y curadores, debian dar una prenda de parte de sus bienes.

A mas de la seguridad que produce la satisfaccion, tienen los pupilos ó adultos, otra garantía para las resultas de la administración de sus bienes, y es la responsabilidad subsidiaria en que están los magistrados que no exigen la satisfaccion ó que admiten una que no es suficiente.

Excusas de los tutores y curadores.

La tutela y la curatela son cargos públicos, porque solo los ciudadanos pueden ejercer este cargo, y porque los nombra-

dos están obligados á aceptarlos. Hay motivos que pueden llamarse exenciones, por los que uno puede voluntariamente eximirse de aceptar el cargo de tutor ó curador. Los otros que pueden llamarse excusaciones, por los que uno está impedido de ejercer el cargo, aun después de aceptado. Ambas especies de motivos se llaman de una manera genérica, excusas.

Las exenciones ó excusas voluntarias, como algunos fraterdistas las llaman, son el número de hijos determinado por la ley Papia Poppea, de tres en Roma, cuatro en Italia, y cinco en las provincias, contando con los que habian muerto en las guerras de la República; la administración de los bienes locales ó nacionales; la necesidad de ausentarse, por causa de la República que exime hasta un año, después de la vuelta respecto de las tutelas nuevas, pero no respecto de las que se terminan antes de la ausencia; la administración de tres tutelas distintas, y graves; la estremada pobreza; la enfermedad constante; el no saber leer y escribir; el ódio capital entre el padre del pupilo y el tutor; el haber sufrido el tutor una contradicción de estado por parte del padre del pupilo; la edad de setenta años; el ejercicio legal de ciertas profesiones y el haber desempeñado la tutela que exime de admitir la curatela.

Están impedidos de aceptar los cargos de tutor y curador los acreedores del pupilo; los militares; los monjes y sacerdotes; excepto de la tutela legitima; el marido respecto de la mujer y los menores de ochenta años. Las excusas deben alegarse ante el mismo magistrado que los nombró ó el que le nombró y dentro de un término oportuno, cuando se le ha rechazado. Este término es de 60 dias contados desde que el tutor ó curador cuba su nombramiento. Las excusas no se libran de la responsabilidad.

La tutela produce las acciones directa y contraria de tutela y la acción por las distracciones causadas en las cuentas.

De la curatela nacen la acción de gestión útil de negocios, la acción contraria útil de gestión de negocios y la de restitución in integrum, acordada por los pretores á los menores de 25 años, aun cuando hubiesen obrado con la autoridad de sus tutores ó curadores.

Las acciones comunes á la tutela y curatela, eran la acción de estipulación contra los que se habian obligado por los tutores ó curadores; la acción subsidiaria contra los magistrados y en fin la acción de sospecha.

Entre los otros puntos que se refieren al tutor y curador, se refieren á la responsabilidad y á la acción de gestión útil de negocios.

De los tutores ó curadores sospechosos.

Muy incompleta habria sido la institucion de la tutela, si solo hubiera producido las acciones de tutela y de *rationibus distrahendis*, dirijidas á reclamar de los resultados de la administracion, y espedidas úpicamente despues de concluida la tutela: era preciso una accion para solicitar la remocion del tutor que administra mal la tutela; ésta accion existió desde el tiempo de las XII Tabas, y á la acusacion que en virtud de ella se hacia, se le daba el nombre de acusacion de sospecha. Esta accion era meramente civil, aunque producía la nota de infamia y aunq. podia ser entablada por todos, aun por las mugeres estrañas al pupilo. Todos los tutores pueden hacerse sospechosos y la sospecha se funda no solamente en la mala administracion, sino tambien en las malas costumbres del tutor, aunque presente fiadores abogados, y en el hecho de no presentarse al tutor al magistrado para que se le determinase la cantidad que ha de gastar en la alimentacion del pupilo.

El tutor sospechoso era separado del cargo con infamia, si habia procedido con dolo; y sin ella, si solo habia habido negligencia.

Se exceptuaban los tutores legitimos á quienes no se separaba con infamia, sino que regularmente se les agregaba un curador para que en union de él administrasen el cargo.

LIBRO 2.º

Division de las cosas.

El segundo tratado de nuestro estudio es el de las cosas, término u objeto del Derecho.

Con la palabra cosa solo se designó al principio, á los objetos reales destinados á satisfacer nuestras necesidades; más tarde se amplió su significado, comprendiendo en él también á los objetos abstractos y de pura creación jurídica. Como los derechos no son, ni pueden ser los mismos respecto de todas las cosas, debemos examinar las diferentes especies que hay de ellos.

Los jurisconsultos romanos no hicieron una división metódica y doctrinal de las cosas, no obstante nosotros no entraremos en discusiones sobre cual sea la mejor división de las cosas, sino que siguiendo nuestro propósito, nos limitaremos á esponer la historia del Derecho sobre este particular.

La primera division que se hizo de las cosas en los tiempos de las XII Tablas y que subsistió con una pequeña modificación en la época de Justiniano, es en cosas de Derecho divino y cosas de Derecho humano. Las primeras estaban separadas del comercio humano y comprendieron tanto en aquella época remota, como en la de Gayo y Ulpiano y en la de Justiniano, las cosas sagradas, las religiosas y las santas: la ideas sobre cada una de estas especies de cosas, están muy distantes de las que tenemos ahora y las que se tenían en tiempo de Justiniano, como quiera que el paganismo era la religion de entonces. Las cosas de derecho humano, se puede asegurar que se subdividian en la época de las XII Tablas, en públicas y privadas y que esta subdivision permaneció en las épocas siguientes hasta la de Justiniano.

Otra division de las cosas fundadas en el modo de adquirir su dominio que apareció en tiempo de Gayo y Ulpiano, pero que sin duda existió desde las XII Tablas, es en cosas mancipi y no mancipi. No dan los jurisconsultos una definición que dé á conocer la naturaleza de estas cosas: se limitan á enumerar las cosas mancipi: cuentan entre ellas solamente,

á los prédios itálicos, á las servidumbres de los prédios rurales y á los esclavos y cuadrúpedos de carga. Solo estas cosas fueron *mancipi*, porque entre las que conocieron primitivamente los Romanos, y que por consiguiente estaban sometidas á un Derecho Civil primitivo, solo éstas eran por su valor crecido, por su importancia, por su naturaleza, capaces de ser adquiridas en propiedad, por medio del rito de la mancipacion. Como fuese desapareciendo la necesidad de ésto rito, fué perdiendo tambien su importancia ésta division de las cosas, tanto que en tiempo de Justiniano, habia caido en olvido, por lo que éste emperador la derogó completamente; en fin, otra de las divisiones admitidas es en cosas corpóreas ó incorpóreas.

En tiempo de Justiniano subsistió, en el fondo, la primitiva division de las cosas, en cosas de Derecho divino y cosas de Derecho humano; pero Justiniano le dió otra forma: dividió las cosas, en cosas que están en nuestro patrimonio y cosas que están fuera de él. Entre éstas, se comprenden las comunes á todos y que no pertenecen á nadie en particular y las llamadas *nullius*, porque actualmente no pertenecen á nadie. Las cosas que están en el patrimonio, son las que pertenecen á los particulares y se llaman *bona* y *pecunia*. Las cosas comunes se subdividen en comunes propiamente hablando, públicas y de corporacion.

Son comunes el aire, el agua, el mar y sus riberas, porque la naturaleza ha destinado éstas cosas á satisfacer las necesidades de todos los hombres á la vez, sin que á ninguno de ellos le sea menester, ni pueda apropiárselas por entero. En cuanto á las riberas del mar, esto es, la parte de la tierra bañada por las olas mas crecidas, la opinion mas comun entre los jurisconsultos era, que como el mar mismo no pertenecia á nadie, sino que cada cual podia apropiarse la parte que ocupaba y que la propiedad duraba únicamente, mientras duraba la ocupacion, porque es naturaleza de las cosas llamadas comunes, volver á su estado primitivo luego que son dejadas por el ocupante, pero que pudiendo el uso de las riberas del mar perjudicar los intereses del pueblo, cuyo territorio limitan, éste uso no debia, ni podia hacerse, sino bajo la vijilancia de la autoridad: y hé aquí el sentido en que el jurisconsulto Celso decia que las riberas del mar son cosa pública.

Cosas públicas son las que pertenecen al pueblo y que pueden ser usadas por todos. En el uso, son como las comunes; en la propiedad se diferencian de ellas. Son públicos los

rios, los puertos, los lagos, &^a, y por lo mismo que éstas son cosas públicas, el uso de ellas está reglamentado por la autoridad. También son públicas, pero no respecto al uso, sino á la propiedad, las minas, ciertos esclavos, las tierras llamadas vectigales y el tesoro nacional.

Las cosas de corporacion son las que pertenecen en propiedad á una corporacion. Entre ellas, unas pueden ser usadas por cada uno de los miembros de la corporacion y otras nó; estas se llaman en particular patrimonio de la corporacion.

Las cosas *nulius* son las que no están en nuestro dominio, bien porque no pueden estarlo, bien porque han sido abandonadas ó no han sido todavía poseídas. Justiniano comprende en ésta especie de cosas á las que están separadas del comercio de los hombres llamadas de Derecho divino.

Las cosas de Derecho divino se dividen en sagradas, religiosas y santas. Son cosas sagradas, las que han sido solemnemente dedicadas á Dios por los pontífices; religiosas, los lugares destinados á depositar los despojos de los muertos; y santas aquellas que no son ni santas ni profanas. Las ideas que tuvieron los Romanos sobre éstas cosas cambiaron completamente con la introduccion del Cristianismo; no obstante subsistieron los mismos principios de derechos: así, en todo tiempo ésta clase de cosas estuvo separada del comercio humano, la consagracion siempre se hizo con intervencion de la autoridad pública, siempre fueron religiosos los sepúlcros y siempre tambien fueron santos los objetos cuya inviolabilidad estaba garantizada con una sancion pública.

Cosas corpóreas son las que existen físicamente y obran sobre nuestros sentidos, é incorpóreas, las que existen legalmente y no obran sobre nuestros sentidos.

Del dominio.

Espuestas las principales divisiones que la Jurisprudencia Romana hacia de las cosas, debemos examinar primero los derechos que sobre ellas se tienen y segundo, los modos de adquirir y perder éstos derechos. El dominio, es el resumen de todos los derechos que se pueden tener sobre las cosas. En tiempo de las XII Tablas, el dominio como Derecho Civil, era un derecho propio y esclusivo de los ciudadanos romanos, que solo se adquiria y perdía por ciertos medios especialmente determinados. Este dominio civil es llamado por los tratadistas, dominio quirritario. En tiempo de Gayo y Ulpia-

no, cuando el influjo del Derecho llamado de Gentes, se habia hecho sentir sobre el Derecho Civil de los Romanos, se reconoció, á mas del dominio civil, otro dominio natural, comun á todos los hombres y sujeto únicamente á los preceptos del Derecho Natural. Los jurisconsultos para designarlo decian de las cosas que estaban en ésta especie de dominio, que se *hallaban en nuestros bienes*, y los tratadistas lo conocen con el nombre de dominio bonitario. Una misma cosa podia encontrarse en el dominio quirritario de una persona y en el bonitario de otra, lo que producía cierta limitación en los derechos de ambos dueños, de manera que el dueño natural tenía el goce y disfrute de la cosa, pero no la revindicación y la facultad de disponer de ella que pertenecía al dueño civil, aunque no en realidad, pues no podia hacer uso de estos derechos en perjuicio del dueño natural.

Esta diferencia de dominio corresponde á la division de las cosas en *mancipii* y en *nec mancipii*. La adquisicion de las primeras, dá el dominio civil únicamente, cuando ha sido hecha por los medios civiles de adquirir que despues señalaremos. El dominio civil de las segundas se adquiere así por los medios civiles como por los naturales, aunque á ellos se refieren especialmente estos medios naturales.

Estas dos clases de dominios que corresponden á la época en que el Derecho Natural trabajaba por quitar al Derecho Romano su vigor y su esclusivismo, habian desaparecido completamente en tiempo de Justiniano. En esta época no existia sino el dominio comun, el dominio ordinario, que se adquiere por los mismos medios para todos los hombres y respecto de toda especie de cosas. No definen los Jurisconsultos Romanos el dominio ó sea propiedad, pues éstas palabras expresan la misma idea, ni haremos nosotros de él, las divisiones que hacen los tratadistas: nos bastará indicar que el dominio comprende cuantos derechos pueden imaginarse sobre una cosa y que todos estos derechos pueden reducirse á los de usar, gozar, disponer y vindicar, derechos que regularmente se hallan reunidos todos en una misma persona, pero que pueden hallarse separados entre varias, de las que se considera siempre como propietaria, á la que tiene el derecho de disponer de la cosa.

Modos de adquirir el dominio.

En la época en que no habia mas que una especie de do-

minio, el dominio quirritario, los modos de adquirirlo estaban en armonía con su naturaleza: eran puramente civiles. Se reconocían como no podía dejarse de reconocer, modos naturales para la adquisición civil de aquellos objetos que se necesitan á cada paso y que no eran *mancipi*: estos medios eran, la *mancipium*, el *usus*, la *in jure cessio*, la adjudicación y la ley, respecto de algunos casos, como el legado. Cada uno de éstos modos de adquirir, tenía su aplicación particular y por lo mismo todos completaban el sistema de adquisición civil.

Cuando se reconoció al lado de la propiedad romana otra propiedad civil, se reconocieron también modos para adquirir cada una de ellas. El dominio civil de las cosas *mancipi*, se adquiría únicamente por los modos civiles, que eran los mismos que indicamos en el párrafo anterior, y la propiedad natural, tanto de las cosas *mancipi*, como de las que no lo eran, se adquiría por los modos naturales que después señalaremos detenidamente.

Conviene tener presente que Ulpiano cuenta entre las adquisiciones que se hacen por ley, el legado, el *caducum* y el *ereptorium*.

En la época de Justiniano, ya había desaparecido esa diferencia entre dominio civil y dominio Natural, no quedando sino el dominio común que, por ser reconocido por la ley civil, todos los medios de adquirir se referían á esa única clase de dominio, aunque dichos medios se dividiesen en naturales y civiles.

La Instituta trata primero, como es justo, de los medios naturales y después de algunas digresiones de los medios civiles.

Los tratadistas establecen que los medios naturales son: la ocupación, la accesión y la tradición; pero si bien se examina se comprenderá que la ocupación, la accesión y la tradición, no son sino tres maneras distintas de tomar posesión de las cosas, según las diferentes circunstancias en que ellas pueden encontrarse y que por lo mismo puede decirse que la toma de posesión, es el modo natural de adquirir la propiedad.

Posesión.

La posesión es la tenencia de una cosa á nuestra libre disposición.

Daremos algunas ideas sobre la posesión, con arreglo á los principios de la Jurisprudencia Romana. La posesión es natural y civil. La primera consiste en el hecho de tener libre-

mente una cosa á nuestra disposici6n, porque poseer, segun el sentido etimol6gico de la palabra, es tener algo en nuestro poder. La segunda consta, ademias del hecho de tener una cosa á nuestra disposici6n, de la intencion de tenerla como duefio, como propietario. La primera es un hecho, la segunda un derecho.

Los elementos de la posesion civil pueden hallarse separados; el hecho legal en una persona y la intencion en otra, y el hecho legal mismo puede referirse á una persona, aun cuando la materialidad de la tenencia se refiere á otra, pero no se considera como poseedor sino al que tiene la intencion de dominio. (Se hacen diferentes divisiones de la posesion, atendiendo á las causas que la producen y á la buena ó mala fé de los que la toman; pero no las consideraremos, por estar fundadas en diferencias accesorias y por ser la mayor parte de ninguna aplicacion práctica).

Como el que posee civilmente, es en lo exterior, lo mismo que el duefio, goza lo mismo que él, del derecho de tener la cosa, de vindicarla, de percibir los frutos y consumirla; en una palabra, tiene los mismos derechos que el verdadero duefio, mientras éste no aparece, y aun al cabo de cierto tiempo de uso, se hace completamente propietario de la cosa.

Hé aquí todas las ventajas de la posesion sobre las que hablaremos mas en otra ocasion. Continuaremos con los modos de adquirir.

Ocupacion.

El primer modo de adquirir es la ocupacion, que consiste en el acto de tomar posesion de las cosas que á nadie pertenecen, acto que por referirse á cosas que no son de nadie, basta para hacernos duefio de ellas. Mas, es preciso, en segundo lugar, para que la ocupacion produzca el dominio, que recaiga sobre cosas que por la naturaleza no están destinadas á ser del uso comun de todos los hombres y hé aquí porque el mar, aunque pudiese ser ocupado, no seria propiedad de nadie en particular.

Los tratadistas han dividido la ocupacion en varias clases: caza, pesca, ocupacion bélica é invencion. La invencion se refiere á los muebles que no son de nadie, sea porque jamás han sido poseidos, sea porque fueron abandonados, y comprende tambien, segun la opinion general, el hallazgo de un tesoro, aunque puede dudarse, si la adquisicion del tesoro se hace por invencion á por accesion.

De la accesion.

La Jurisprudencia Romana no reconoció espresamente á la accesion como un modo natural de adquirir, como lo hizo respecto de la ocupacion y de la tradicion: la Instituta nos dá la prueba de esto; sin embargo, como los jurisconsultos admiten únicamente la máxima jurídica: *accessio cedat principali*, aplicándola á casos de muy distinta naturaleza, y especialmente para explicar la adquisicion que hacemos de una cosa, cuando ella se ha unido á otra que nos pertenecia, se puede decir que en el espíritu de la Jurisprudencia Romana, existia este modo de adquirir, y que los tratadistas antiguos no han hecho otra cosa que darle el nombre, tomándolo de la máxima arriba indicada. Este modo de adquirir que los tratadistas han llamado accesion, está, por lo demas, muy de acuerdo con los principios del Derecho filosófico.

La Instituta, sin establecer el principio de que la accesion sea un modo de adquirir, examina una série de casos en que adquirimos una cosa, por la razon de haberse unido á otra que de antemano nos pertenecia, y son los tratadistas quienes han dividido la accesion en natural, industrial y mixta; comprendiendo unos, los casos que examina la Instituta, en la accesion natural: otros, en la industrial y otros, en la mixta.

No determina tampoco la Instituta reglas para distinguir, lo accesorio de lo principal; y la razon de esto debe encontrarse, en que examina y resuelve, uno por uno, todos los casos generales de accesion. Ahora, estas resoluciones, no siempre están de acuerdo con los principios filosóficos, especialmente las consecuencias que de ellas se pudieran deducir; pero debemos advertir que en la práctica estaban salvados estos inconvenientes por los principios de equidad.

Los casos de accesion, y el modo como son resueltos, son los siguientes. *El nacimiento del feto*, por el que se adquiere los hijos de nuestros animales y esclavos. *El aluvion*, que acrece el fundo en que se hace: puede creerse que en la época de Justiniano, el aluvion no acrecia á los fundos determinados por los límites fijos y por decirlo así, inmóviles. *La fuerza del rio*, que solo produce la accesion desde que el terreno ageno que ha echado sobre un fundo, se une á él: lo cual se conoce principalmente por el hecho de haber penetrado en el fundo las raices de los árboles que vinieron en este terreno. *La isla formada en el rio*, que aun cuando se forma de terreno público, pertenecen á los fundos de ámbos ó de una de las riberas, segun su situacion en el rio. *La mu-*

tacion de álveo, el cual pertenece al fundo contíguo, si solo se retira el rio; ó á las de ambas orillas, si cambia de curso. Los jurisconsultos no desecharon generalmente las consecuencias que se derivan de éstos principios, pero las evitaron por equidad.

La especificacion, por la cual la especie fabricada con materia agena, pertenece al dueño de la materia, si ésta puede ser vuelta á su primer estado; y en caso contrario, al que la hizo. El derecho ageno quedaba á salvo en éstas decisiones, porque el dueño de la materia podia en todo caso, reclamar cuando ménos el precio de ella, ó proceder como contra un ladrón, si habia dolo en el fabricante de la especie, por medio de las acciones cuyos nombres conoceremos mas tarde.

La bordadura, la escritura y la pintura, por las que, el bordado, lo escrito y la tabla, ceden á la tela, al papel y á la pintura; dejando siempre al dueño de lo accesorio su derecho á salvo, para reclamar ó el precio de su cosa ó proceder contra el ladrón de ella.

La confusion, por la que se adquiere la cosa que se ha confundido con otra nuestra.

La commixtion, por la que se adquiere, el tanto del producto de dos cosas de distintos dueños que se han mezclado.

La edificacion, por la que el dueño de un terreno adquiere en todo caso el edificio. El dueño de los materiales tomados para la fábrica, tiene derecho á cobrar lo ménos, el doble del valor de ellos; y al que fabricó un terreno ageno, aunque por derecho antiguo perdía completamente los materiales: si habia procedido con dolo; la legislacion, posterior le concedió el derecho de reclamar los gastos útiles y necesarios, y de recobrar los materiales, una vez destruido el edificio.

La plantacion, por la que se adquieren las plantas, desde que han echado raíces en el fundo. *La sembradura*, por la que se adquiere la semilla sembrada en nuestro terreno. *La percepcion de frutos*, tambien es considerada como un caso de accesion mixta; por el que cultiva un fundo creyéndose de buena fé, dueño de él, adquiere los frutos que consume.

Tradicion.

La tradicion, es el tercer modo natural de adquirir la propiedad: en la época de Justiniano se aplicaba igualmente á toda especie de cosas.

La tradicion consiste, en un hecho cualquiera esterior y corpóreo que nos dá la posesion de una cosa, es decir, que la

pone á nuestra disposicion. Mas para que este hecho produzca la propiedad, debe ser practicado con intencion de trasmitirla y de adquirirla, y para que la propiedad le siga inmediatamente, es indispensable que quien la practica, sea dueño y capaz de disponer de la cosa.

Al hecho de poner la cosa á nuestra disposicion, á la tradicion, se le dá el nombre de modo de adquirir, contraponiéndola al hecho que determina la voluntad de trasmitir el dominio: éste hecho tiene en la Jurisprudencia Romana el nombre de causa del dominio.

Como pueden ser varios los hechos en que consiste la tradicion, se han bebido reconocer distintas clases de tradiciones, dándoseles los nombres de tradicion real, ficticia ó breve mano, larga mano y simbólica. La cuasi tradicion aplicable á las cosas incorporeales, coexiste en la cesion y ejercicio del derecho que se trasmite.

Es un principio positivo del Derecho Romano que la tradicion es indispensable para adquirir la propiedad; sin embargo, no se crea que éste principio no tuviese excepciones, que en algunos casos no se adquiriese el dominio directamente por medio de la ley, ó por solo la voluntad de los contratantes.

El dominio termina por muerte del propietario ó incapacidad para continuar siéndolo, por estincion de la cosa, ó por salir ella del dominio de los hombres; y por enajenacion ó abandono de la cosa.

De las servidumbres prediales.

Las servidumbres son cosas incorporeales: por eso nos ocupamos de ellas en éste lugar. Las servidumbres tienen éste nombre porque son un gravámen bajo un aspecto; y se les llama jura (derecho subjetivo) porque bajo otro aspecto son un derecho.

Toda servidumbre es una limitacion del derecho de propiedad, un desmembramiento de ella, por eso es que se les llama derechos reales; pues conservan la naturaleza del dominio, que es el derecho real por exce'ncencia; por eso tambien toda servidumbre, recae sobre cosa ajena, no impone obligacion al dueño de la cosa sirviente, ni puede estar constituida sobre otra servidumbre.

Las servidumbres se establecen en favor de una persona, ó de una cosa, y de aquí la division de ellas, en personales y

reales. Estas, son las que tratamos primero, pueden consistir en hacer ó en impedir que se haga; suponen siempre la posibilidad de la servidumbre, por la situacion en que se encuentran las cosas dominante y sirviente; son indivisibles en cuanto á su adquisicion y pérdida y por lo regular suponen una causa perpétua.

Las servidumbres reales, se subdividen en rústicas y urbanas, atendiendo á la naturaleza misma de ellas, á su consistencia y no al destino del prédio sirviente. Se llaman rústicas, segun Paulo, á las que gravan sobre un edificio y urbanas á las que gravan sobre un fundo. Esta division, es en el fondo casi la misma que se hace de las servidumbres, en continuas y descontinuas, division de bastante importancia en la práctica.

Las servidumbres rústicas mas comunes son: *iter, actus, via, aquæductus* y otras. (*Iter*, pasage, derecho de ir y pasar un hombre, es un sendero estrecho. *Actus*, conduccion, derecho de conducir bestias, carruajes &^a comprende la anterior: es mayor la latitud de esta senda. *Via*, camino, derecho de pasar, conducir, y servir para todos los usos del camino, sin dañar plantas y los frutos; comprende las dos anteriores, el ancho del camino, segun la ley, es de ocho pies, en las vueltas de diez y seis. *Acueducto*, derecho de hacer pasar el agua por el fundo de otro).

Entre las urbanas hay muchas; así por ejemplo la servidumbre de sufrir carga (*oneris ferendi*) por la que la columna ó pared ajena, tiene que sostener nuestro edificio. Servidumbre de meter una viga (*trinum immittere*) por la que en un edificio ajeno se puede meter vigas ú otros objetos de que constan los edificios. Servidumbre (*proijciendi*) que consiste, en levantar edificios sobre area ajena. Servidumbre de cobertizo (*protrjendi*) es el derecho de tener una galeria ó pasadizo cubierto, destinado á arrojar las aguas sin maltratar las paredes. Servidumbre de recibir las aguas de los tejados, (*stillicidium*) derecho que se tiene á que las aguas de nuestros tejados caigan á prédio ajeno. Servidumbre de no recibir aguas de los tejados (*stillicidii non recipiendi*). Servidumbre de recibir las aguas del canal (*fluminis recipiendi*) y la de no recibir *fluminis non recipiendi*. Hay diferencia entre estas dos últimas servidumbres, en la primera, el agua cae destilando gota á gota, en la segunda cae recogida en grandes canales; en la primera, cae con pausa y en la segunda, con ímpetu. Servidumbre de no levantar mas alto (*altius*

non tollendi) por la cual el dueño del fundo ajeno por comodidad de un edificio, se obliga á no levantar mas alto el suyo. (*Altns tollendi*) la de levantar mas alto. La servidumbre de luz (*luminum*) y tambien la de quitar la luz. (*Ne luminibus oficiatur*) La servidumbre de vista (*prospectus*) y la de impedir la vista [*ne prospectui oficiatur*].

Se adquieren las servidumbres por un acto libre de la voluntad [contratos, testamento, legados] por adjudicacion y por uso.

Si recordamos que las servidumbres son derechos reales y que era un axioma de Derecho Romano que el dominio y sus derivados no se debian adquirir sin la toma de posesion, y en este caso sin la tradicion, comprenderemos las dificultades que en los tiempos de Justiniano habia en lo teoría para la adquisicion de las servidumbres como derechos reales por meros actos de la voluntad; siendo como es cierto que hay servidumbres [las negativas] que no son susceptibles ni aun de la cuasi tradicion; la voluntad, el contrato sobre constituir una servidumbre, comprometia la voluntad únicamente, pero el derecho real no existe todavia, porque aun no se ha comenzado á ejercer que es, en lo que consiste la cuasi posesion. Semejante dificultad que, no tiene solucion conforme con los principios de Justiniano, y que no existia en los tiempos anteriores á este emperador, cuando la *in jure cessio* era un modo civil de adquirir perfectamente aplicable á todas las cosas incorporales; manifiesta la exajeracion embarazosa de los que contra los principios filosóficos, sostienen, que no hay derecho real, sin tradicion.

Se adquieren las servidumbres, en segundo lugar, por adjudicacion del juez. La adquieren últimamente por uso. Las servidumbres se usucapian al principio; pero la ley Seribonia lo prohibió despues. Los pretores y los emperadores establecieron insensiblemente la prescripcion de las servidumbres; mas no establecieron nada sobre el tiempo, ni sobre la causa del uso. Se acaban las servidumbres por confusion, por destruccion, por remision y por no uso.

El no uso fué primero de dos años; pero respecto de las servidumbres urbanas, el dueño del prédio sirviente, debe usucapiar la libertad de su fundo. Despues se estableció que las servidumbres se perdiesen por el no uso de diez años, entre presentes y veinte entre ausentes. No están de acuerdo los tratadistas sobre si se exigió tambien que el dueño del

prédio sirviente usucapiase la libertad de su fundo: nosotros creemos que nó.

Del Usufructo.

El usufructo y las demas servidumbres personales de que vamos á ocuparnos, no existian en la época de las XII Tablas, sino que se establecieron despues, siendo las mas antiguas, el usufructo y el uso. Todas estas servidumbres consisten en sufrir únicamente si establecen tanto sobre los muebles, como los inmuebles, pero no todas son indivisibles, esto es, algunas pueden adquirirse y perderse por partes.

Tambien estas servidumbres son desmembramientos del dominio. Este derecho abraza los de usar, gozar, disponer y vindicar; los dos primeros de estos derechos ó el primero solamente, atribuidos á una persona distinta de la que tiene los de abusar y vindicar, constituyen las servidumbres de usufructo y uso; y al derecho de abusar y vindicar separado de los otros dos, se llama: *nuda proprietas*.

Usar de una cosa, es servirse de ella sin percibir ningun fruto, gozar es percibir todos los frutos de una cosa y servirse de ella al mismo tiempo; frutos, son los productos naturales y comunes de una cosa y nada mas. El usufructo, es el derecho de usar y gozar una cosa, salvo su sustancia. La sustancia es aquí el modo de ser, la existencia natural y ordinaria de la cosa, por lo visto cada una de las palabras de esta definicion tienen su significado particular, que debe tenerse presente.

Como el derecho del usufructuario, no es otro que el de percibir todos los frutos, claro es que no se hace propietario, sino de los que recoge él ó su representante, y como lo mismo es que los perciba el usufructuario ú otro en su nombre, tambien es claro que se puede arrendar el derecho de usufructo y percibir así lo que se llama: frutos civiles. El usufructuario está obligado á dar caucion de que procederá como buen padre de familia, á hacer las mejoras necesarias para la conservacion de la cosa usufructuaria y es responsable de las pensiones que gravan sobre los frutos.

Se constituye el usufructo: por actos testamentarios, por convenio, por uso, por adjudicacion y por la ley en ciertos casos. El legado constituia por sí en tiempo de Justiniano, el derecho real de usufructo, lo mismo que las demas servidumbres. Justiniano introdujo la adquisicion del usufructo por uso. En cuanto al convenio como medio de constituir el usufructo; re-

petimos lo dicho sobre el particular, en el título de servidumbres reales.

Se estingue el usufructo por la muerte del usufructuario, por la disminucion máxima ó media de cabeza, por el no uso, por la consolidacion, por la cesion y por la pérdida ó deterioro de la cosa. Toda capitis minucio estingua el usufructo ántes de Justiniano, pero el ábolió el principio, en lo relativo á la capitis minucio mínima, y estableció ademas, que el usufructo adquirido por el hijo de la familia, le quedase á él, despues de la muerte del padre

El no uso, segun el modo convenido y por el tiempo determinado, estingue el usufructo: este tiempo fué al principio, de un año para los muebles y dos para los inmuebles; pero Justiniano estableció, que fuese de diez ó veinte años. No creemos como algunos tratadistas, que fuese necesario para la prescripcion del usufructo, el uso de otra persona.

El deterioro ha de ser tal, que la cosa no pueda servir para lo que al principio estaba destinada. Despues de Ciceron, se introdujo por un senado-consulta, el usufructo de las cosas de consumo, llamadas por los tratadistas, cuasi usufructo. Este usufructo se constituye, dando el usufructuario satisfaccion de que terminado el usufructo, pagará el precio de las cosas que se le dieron, ó devolverá otra del mismo género, cantidad y calidad.

Uso.

El uso, es el derecho de servirse de una cosa ajena, sin percibir ningun fruto de ella. Esta servidumbre es indivisible; el que la goza, no puede arrendar, ni ceder gratuitamente el ejercicio de su derecho: debe ejercerlo por sí personalmente. Esta es la teoria del uso, segun los tratadistas modernos; pero en la práctica, ya porque el simple uso de una cosa no produce generalmente ninguna ventaja, ya porque las últimas voluntades que constituian el uso, eran interpretadas favorablemente por los jurisconsultos romanos, establecieron estos, que el uso comprendiera el derecho de percibir los frutos indispensables para satisfacer las necesidades del usuario, despues de alguna divergencia de opiniones sobre la cantidad de frutos que podrian tomarse, y sobre el lugar en que debian ser consumidos. Al usuario en rigor le corresponde, pues, todo el uso de la cosa; pero no puede impedir el uso que sea necesario hacer de ella, para ejercer otros derechos que se pueden tener sobre la misma.

Véase en los párrafos de la Instituta la comprobación de esta doctrina.

La habitación.

Después del usufructo y del uso, se introdujo la servidumbre de habitación, no sin previas disputas entre los juriscónsultos sobre la extensión de esta servidumbre. Se convino en que el derecho de habitar durase por toda la vida y en que se pudiese arrendar la cosa dada en servidumbre de habitación. Semejante por las consecuencias al usufructo, se diferenciaba de él, en que la habitación no era tenida sino como un hecho, como un beneficio adquirido día por día, y no como un derecho, razón por la que no se extinguía por falta de uso, ni por la *capitis minucium*. En tiempo de Justiniano, se la consideró como una verdadera servidumbre, que comprendía el derecho de arrendar y que no se extinguía por la *capitis minucium mínima*.

Acciones relativas á las servidumbres.

Aunque las servidumbres no son susceptibles de posesión, se establecieron desde los primeros tiempos, interdictos para proteger ciertas servidumbres importantes. Mas tarde, se hicieron aplicables á todas ellas, los interdictos de la posesión: *uti possidetis* y *unde vi*. También se refieren á ellas las acciones confesoria y negatoria. En el lugar en que el texto lo hace, trataremos nosotros de tres derechos reales de creación posterior: enfiteusis, superficies y prenda ó hipoteca.

Usucapion y prescripcion.

El texto se ocupa en éste título y en el siguiente, de los modos civiles de adquirir á título singular. Uno de los modos civiles de adquirir, según el antiguo Derecho Romano, hemos dicho que era la usucapion, ó sea adquisición del dominio por uso, de un año en las cosas muebles y dos, en las inmuebles. Este modo de adquirir se aplicaba cuando la cosa se había recibido del que no era su dueño, y cuando al dar una cosa de las llamadas *mancipii*, no se había cumplido el rito de la mancipacion; pero solo se refería al territorio itálico y no al de las provincias, donde los particulares no podían hacerse dueños de ningún terreno, porque todos pertenecían al pueblo ó al emperador. Los particulares solo poseían esas tierras; y para proteger ésta posesión, que en el fondo era la propie-

dad, pues ésta diferencia entre el derecho itálico y el de las provincias, solo se habia establecido para fundar la legitimidad del tributo que gravaba sobre las provincias, reconocieron los pretores una institucion llamada prescripcion de largo tiempo, por la que se mantenía perpetuamente en la posesion de un fundo, al que lo habia poseído, durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Habia su diferencia entre la usucapcion y la prescripcion, la una de Derecho Civil y la otra de Derecho de Gentes: la primera, solo se referia entre los inmuebles, á los prédios itálicos; la otra, á los fundos provinciales: la primera daba la propiedad y como consecuencia el derecho de vindicar, despues de haber usado la cosa uno ó dos años, la segunda no daba sino el derecho de poseer y por consiguiente no el de vindicar, segun el Derecho Civil, pero sí segun el pretorio: la usucapcion continuaba mientras se poseyese, y daba la propiedad de la cosa, con todos los gravámenes que tenia; la prescripcion se interrumpia por el hecho de la demanda, y podia oponerse á todos los que tuviesen algun derecho sobre la prescripta.

Justiniano refundió estas dos instituciones en una sola, conocida con el nombre de usucapcion ó prescripcion.

No todas las cosas pueden ser prescriptas; las que no pueden serlo se llaman viciosas. Son viciosas: primero las cosas robadas, segun la ley de las XII Tablas y la ley Atinia: entre las cosas robadas se cuentan el siervo prófugo, y las cosas de que ha dispuesto, el que sabia que no era dueño de ellas; pero como no hay robo sin intencion de robar, siempre que falte ésta intencion, se puede prescribir una cosa ajena, lo mismo que cuando la cosa robada ha purgado su vicio, volviendo á su dueño. Son viciosas, en segundo lugar, las cosas inmuebles poseídas por fuerza, segun la ley Julia y Plautia: de donde se deducia estrictamente, que faltando esta fuerza, aunque hubiese dolo, se podia prescribir un inmueble. Justiniano modificó esta regla, estableciendo que cuando el primer poseedor de un fundo hubiese tenido mala fé, el que sucediese en la posesion, aun con buena fé, no se hiciera propietario de la cosa, sino despues de treinta años de posesion, salvo el caso en que el propietario estando presente hubiese tolerado esa posicion. Son viciosos en tercer lugar, los bienes fiscales y todos los que son enagenables.

El segundo requisito de la prescripcion es la buena fé: consiste, en la creencia fundada en que estamos de que el que nos dió la cosa era dueño de ella. La buena fé se necesita

únicamente al tomar posesion de la cosa, y no aprovecha la que se refiere al derecho, sino la relativa al hecho. Un contrato ó un hecho cualquiera conforme á derecho, en virtud del cual se ha recibido ó tomado la posesion de una cosa con el objeto de adquirir la propiedad. Aunque el texto decide terminantemente que la buena fé y el justo título, son dos condiciones distintas é indispensables de la prescripcion; sin embargo de muchos pasajes de jurisconsultos se deduce en conformidad con el derecho filosófico, que la buena fé es admisible, no solo sobre el hecho de que sea propietario de la cosa que estamos prescribiendo, el que nos la entregó, sino tambien sobre la causa jurídica del dominio que pretendemos tener sobre dicha cosa: bien es cierto que como es tan difícil que haya buena fé sobre el justo título, no es extraño que el texto decida como lo hace.

La posesion continúa, durante tres años para las cosas muebles y para las inmuebles durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, es el último requisito de la prescripcion. Se llaman presentes, los que están en la misma provincia. El tiempo de la posesion es continuo aunque la cosa pase del poder del uno al de otro, en todo caso en que hay sucesion universal, porque el sucesor universal prescribe, con el derecho de su antecesor; y cuando hay sucesion singular, siempre que el sucesor y el causante tienen ambos buena fé; pero debe advertirse que el sucesor singular puede prescribir por sí, independientemente del título que tenia su antecesor. No es continúa la posesion, cuando se interrumpe por cualquiera de las causas que la hacen terminar y tambien por la demanda del propietario. Existen ademas de éstas, otras prescripciones: la de treinta años, cuando faltan uno ó mas de los requisitos de la prescripcion ordinaria; la de cuarenta años, para los bienes de la iglesia, y otra, establecida por el emperador Zenon, por la que se adquiere la propiedad inmediata é irrevocable de las cosas que el fisco ha adjudicado, quedando al dueño, el recurso de proceder contra el fisco durante cuatro años.

Donacion.

Es una dacion gratuita, segun lo indican las palabras de que se compone.

La donacion se hacia primitivamente segun los principios comunes del derecho; por eso la donacion entónces solo era una adquisicion particular y no un modo de adquirir.

En la época de Justiniano, la donacion era de dos clases: *inter vivos* y *mortis causa*, y bajo un aspecto es un modo de adquirir.

Donacion *mortis causa*, es la que se hace depender de la muerte: (esta muerte puede ser la de la persona que hace la donacion ó la de cualquiera otra), bien una muerte especial y determinada, bien la comun y ordinaria, y la dependencia en que se pone á la donacion de la muerte, puede consistir en que se realice ó en que se disuelva la donacion, una vez verificada la muerte, ó lo que es lo mismo, la muerte puede influir en la donacion, como condicion suspensiva ó como condicion resolutive. En el primer caso, la donacion es un verdadero modo de adquirir, porque el donatario [el que recibe la donacion] se hace propietario de la cosa donada, inmediatamente despues de la muerte, sin necesidad de ninguna tradicion; en el segundo, por el contrario, la propiedad se adquiere inmediatamente, pero no por la donacion, sino en virtud de la tradicion.

Las dos clases de donaciones *mortis causa*, pueden hacerse, segun Justiniano, de palabra ó por escrito, pero en presencia de cinco testigos: ambas son revocables por solo la voluntad del donante, pues aunque sean actos bilaterales, tienen en éste punto como en otros, la naturaleza de las disposiciones de última voluntad.

La donacion entre vivos es, en último análisis, la simple promesa de donar, cuya realizacion no se hace depender de la muerte de ninguna persona, sino que como todos los convenios, queda perfecta por la simple voluntad. Esta simple promesa, no fué obligatoria en un principio, y por eso solo existia la donacion, desde que la cosa prometida era entregada, pero el uso y las constituciones imperiales le dieron fuerza obligatoria, fuese hecha de palabra ó por escrito. Esta doctrina admitió Justiniano. Cuando pasaban de cierta cantidad estas donaciones, debian ser *insinuadas*, es decir haciendo público el escrito, insertándolo entre los actos de los magistrados, salvo algunas especialmente determinadas. No eran revocables por la voluntad única del donante, sino por acuerdo entre las partes interesadas, excepto el caso de ingratitud del donatario y el de supervenencia de hijos al donante, cuando la donacion habia sido hecha á su libere.

Donaciones entre los esposos.—Estas donaciones no eran válidas, ni aun en el caso en que las relaciones de potestad entre los cónyuges las permitiesen. Antonino Caracalla las per-

mitió; pero el donante podia revocar su donacion hasta en el momento de la muerte: se exceptuaban de esta regla, las donaciones que no producian el doble efecto de empobrecer á uno para enriquecer á otro.

Dote y donaciones propter nuptias.—No puede comprenderse bien la naturaleza de éstas donaciones, sin haber dicho algo de la dote. Dote ó *res uxoria*, es todo lo que la muger lleva al marido para soportar las cargas del matrimonio. La constitucion de la dote se desarrolla lentamente: primero se daba, conforme á los principios comunes del derecho; despues se estipulaba, mas tarde se introdujo la diction, que se referia solo á la muger ó á sus ascendientes paternos, y últimamente, los emperadores dieron fuerza obligatoria á la simple promesa de dotar. La dote podia constituirse antes y durante el matrimonio, á pesar de que las donaciones entre esposos estaban prohibidas.

En tiempo de Augusto, la dote vino á hacerse un asunto de interés público, y se estableció que los padres estuviesen obligados á dotar á sus hijas. La dote era profecticia y adventicia: ésta, en un caso se llamaba recepticia: distincion que servia para determinar á quien debía pasar la dote, cuando moria la muger.

Cuando estaba vigente el poder *manus*, el marido se hacia propietario absoluto de todos los bienes de la muger; mas tarde, cuando se destinó la dote especialmente para sostener el matrimonio, se impuso al marido la obligacion de restituir los bienes dotales, á la disolucion de la sociedad conyugal. Augusto dispuso que el marido, no pudiese enajenar el fundo dotal itálico sin consentimiento de la muger, ni hipotecarlo aún con su consentimiento y Justiniano hizo completamente inajenables todos los fondos dotales, aunque la muger prestara su asentimiento para la enajenacion ó hipoteca.

La donacion *ante nuptias* era la que hacia el marido á la muger antes del matrimonio; fué introducida mucho tiempo despues que la dote, y se introdujo con el objeto de compensarla. Su objeto esclusivo era, sufragar los gastos del matrimonio, sin que pudiese ser destinada á otro objeto. En esto, y en los convenios que los cónyuges habian celebrado, respecto de la dote, era la donacion ante nupcias exactamente igual á la dote, porque todo lo que se habia establecido respecto de esta se aplicó á aquella. Justiniano dió á esta donacion, el nombre de donacion *propter nuptias*, porque habiendo permitido que pudiera ser constituida, lo mismo antes, que despues

de la celebracion del matrimonio, ya no le era aplicable el que antes tenia.

Acciones.

De la donacion *mortis causa*, nace la vindicacion de la cosa para reclamar lo donado, cuando la condicion de que dependia la donacion era suspensiva y se realizaba y para pedir la restitution de la cosa, cuando se revoca la donacion: existen ademas la accion personal *conditio* y la accion real *vindicatio utilis*, para exigir lo mismo, cuando se ha cumplido la condicion resolutoria de la donacion.

Para pedir la cosa donada entre vivos, se tienen las acciones *ex stipulatu* y *conditio certi*, si hubo estipulacion; y la *conditio ex lege*, si solo hubo pacto.

Quienes pueden ó nó enajenar.

En éste título y en el siguiente se ocupa el texto, de dos cuestiones que, completan las ideas sobre la propiedad: 1ª quienes pueden trasmitirla, 2ª por medio de quienes se puede adquirir. Puede trasmitir la propiedad, todo el que la tiene; sin embargo, este principio admite sus excepciones, que son la materia de éste título. La dote fué considerada en todo tiempo como propiedad del marido; no obstante hemos visto como se fué limitando sucesivamente el derecho que el marido tuvo primitivamente sobre ella.

El acreedor que tiene una prenda en su poder no es dueño de ella; sin embargo, puede enajenarla observando las prescripciones que señala el texto; porque esa venta puede ser considerada como hecha por la voluntad del verdadero dueño que no paga su deuda.

El pupilo es dueño de sus cosas y no obstante, en nada puede proceder como tal, porque no le es permitido enajenar, ni dar prestado, ni recibir el pago de lo que se le deba, pues no puede absolutamente empeorar su condicion, so pena de nulidad, sin que intervenga el tutor; por eso se exigia con mas ó ménos rigor lo que habia salido del poder del pupilo, y por eso tambien no se podia hacer á éste, ningun pago sin intervencion del tutor y decreto del magistrado, tratándose de cantidades extraordinarias y considerables, y con solo la intervencion del tutor, tratándose de las demas cantidades.

Por medio de que personas podemos adquirir.

Toda la materia de éste título está fundada en estos dos

principios: 1^o la persona de un ciudadano, no puede ser representada por n^oadie; 2^o los individuos de una familia, no tienen personalidad propia: su personalidad es absorbida por la del jefe de la familia.

Ya hemos indicado que todo lo que adquirían los miembros de una familia, era para el padre; vamos aquí á dar algunos pormenores sobre la materia.

Los padres solían dar á sus hijos algunos bienes, para que los administrasen por sí y los gozasen: esto es lo que siempre se llamó *peculio profectitio*, cuya propiedad pertenece al padre y cuyo usufructo y administración, son del hijo ó esclavo.

Al principio del imperio, Augusto, Neron y Trajano, entre otros privilegios que acordaron á los militares, establecieron que, todo lo que los hijos de familia adquiriesen en el servicio militar, fuese completamente suyo; esto es lo que se llama *peculio castrense*. Otros emperadores y principalmente Constantino y sus sucesores introdujeron á imitación del castrense, el *peculio casi-castrense*, que fué comprendido sucesivamente lo que se adquiría en distintas profesiones; hasta que en los últimos tiempos abrazó, cuanto se adquiría en el ejercicio de las artes liberales y cuanto se recibía de la liberalidad de los príncipes. Este peculio, lo mismo que el anterior, pertenecía completamente á los hijos de familia.

Constantino introdujo también, el peculio llamado *adventitio* que, al principio solo comprendía lo recibido de la línea materna y que después se hizo estensivo á todo lo que se adquiría por cualquiera causa que, no fuese la liberalidad ó el respeto del padre. La propiedad de este peculio, era también del hijo; pero el usufructo era del padre, salvo algunos pocos casos, como el que el donador de estos bienes hubiese impuesto la condición de que el padre no percibiese el usufructo.

Como por la emancipación, salía del poder del padre el hijo con sus propiedades, se había establecido que, en caso de emancipación, se quedara el padre, con la tercera parte de los bienes adventicios; pero Justiniano dispuso que, en lugar de esa tercera parte, tomase la mitad del usufructo.

Adquisición por medio de los esclavos.

Los esclavos quedaron siempre sometidos al rigor primitivo: todo lo que adquirían era para su amo, aun sin la voluntad ni consentimiento de éste. Por medio de ellos, se toma también.

posesion de las cosas. Pero la herencia no se adquiria por medio de los esclavos, si el amo no mandaba que la tomasen, ni tampoco puede tenerse la posesion sin conocimiento del amo, como quiera que, sin intencion no puede haber posesion, y la intencion solo puede existir en el amo; aunque el hecho de tener la cosa sea realizado por el esclavo: de este principio, solo se exceptuan las cosas que forman parte del peculio. El esclavo comun, adquiere para todos sus amos, y el usufructuario, segun la naturaleza de las cosas adquiridas.

Adquisicion por personas estrañas.

El principio antiguo sobre esta particular era que solo se podia adquirir por las personas sometidas al poder de uno. Este principio se modificó, respecto de los asuntos de Derecho de Gentes; y como la posesion se contaba entre ellos, desde entónces se pudo tomar posesion por medio de una persona autorizada ó sea procurador. No así la propiedad que subsistió como de Derecho Civil. En tiempo de Justiniano, no existia diferencia entre las instituciones de Derecho de Gentes y las que provenian del Derecho Civil, y por eso la propiedad se podia tambien tomar por medio del procurador; pero debe advertirse que la posesion solo se tomaba, desde que se tenia conocimiento del hecho, sino se habia autorizado anticipadamente, y en caso contrario, desde que se realizaba la toma de posesion por el procurador.

Formalidades de los testamentos.

Pasamos á ocuparnos de los modos de adquirir por universalidad. Habia casos en que la totalidad del patrimonio, la universalidad de los bienes de un individuo, pasaba á otro, quien representaba ó continuaba la persona jurídica del anterior: esto se llamaba sucesion por universalidad. Esta sucesion se verificaba no solo en muerte, sino tambien en vida de un individuo. Al hecho de suceder en la totalidad de los bienes, se le llamaba herencia, y este nombre se aplicaba tambien á la misma masa de bienes, que como es fácil de concebir, se compone no solo de cosas corpóreas, sino tambien de incorpóreas: la herencia, bajo este aspecto, era cosa *mancipi*. Esta universalidad llamada herencia, se llamó antes familia, y así se introdujo la palabra *heres* [heredero] derivándola de *herus* [dueño de familia].

La determinacion de la persona que debe suceder á otra,

continuando su personalidad jurídica, era cosa que pertenecía al orden religioso y político de los romanos, por eso la ley se había encargado de hacerlo, tomando por base la organización de la familia civil. Para salir en las sucesiones del orden prescripto por esa ley general, era menester que otra particular lo autorizase, y por esto las sucesiones eran establecidas en segundo lugar, por los comicios curiados, quienes podían exclusivamente determinar la persona que representaría á otra en la asociación política de los romanos. Las herencias se conferían según esto, ó por la ley general de sucesiones, ó por otra particular, [abintestato ó por testamento]; pero en ambos casos el asunto era puramente político y religioso, porque se trataba principalmente de determinar la persona que representaría á otra en la asociación política, que continuaría su persona jurídica.

Tratamos primero de la sucesión testamentaria. Dos clases de testamentos se usaban al principio, entre los Romanos: uno en tiempo de paz, que se hacía en los comicios calados, y otro en tiempo de guerra, llamado *in procinctu*, que se hacía en presencia del ejército, al emprender la campaña durante ella, ó en cualquiera circunstancia en que corriese peligro la existencia: éste testamento era una derivación del que se hacía en los comicios calados. Los comicios calados se reunían, siempre que se presentaban asuntos importantes que resolver y además, dos veces al año, con el objeto de que se hiciesen los testamentos. Estas dos maneras de testar no eran suficientes, era necesaria otra, estensiva á patricios y plebeyos, porque las anteriores se referían solo á los primeros, y que pudiera usarse en cualquiera circunstancia. Tal necesidad quedó satisfecha con la publicación de la ley de las XII Tabas, cuyos principios hacían á cada ciudadano completamente dueño de hacer lo que quisiera de su herencia; desde entonces se introdujo una nueva manera de testar: la mancipación de la herencia, que no derogó las anteriores. El mancipador (comprador) de la herencia era el heredero, á quien el testador hacía los encargos que tenía por conveniente.

En tiempo de Antonino Pio, las dos primeras formas de testar habían caído en desuso: solo se conservaba la tercera, pero con importantes modificaciones que tenían por objeto salvar los inconvenientes que resultaban de conferir á determinada persona un derecho irrevocable sobre la herencia. El comprador de la herencia, no era ya sino un representante del heredero, y la formalidad del testamento se componía de

la mancipacion y de la nuncupacion. Esta consistia, en que despues de realizada la mancipacion, pronunciase el testador ciertas palabras solemnes, levantando en alto las tablas del testamento, donde estaban escritos el nombre del heredero y los cargos que se le hacian.

En tiempos posteriores estuvo en rigor otra manera de testar: el testamento honorario que el pretor habia introducido, sin derogar la anterior. En ella el pretor prescindia de la mancipacion, exigiendo solo, que el testamento fuese sellado por siete testigos.

El uso y las constituciones imperiales introdujeron una nueva manera de testar, que confirmó Justiniano, y que no era otra cosa, sino la refundicion de las antiguas. El testamento, segun la legislacion de Justiniano, debia ser hecho en un soloacto, en presencia de siete testigos especialmente llamados, quicnes debian suscribirlo en la parte interior y sellarlo en la cubierta. Podia ser secreto, ó abierto: en el primer caso, se presentaba sellado, liado ó solamente cerrado enrollado hasta el fin de la escritura: en la extremidad no enrollada firmaba el testador y sino sabia escribir, firmaba un octavo testigo por él: en seguida firmaban tambien los demas testigos y cuando ya estaba cerrado, ponian sus sellos; en el segundo caso.

No todos podian ser testigos en un testamento, la regla sobre este particular era, que solo podian serlo, los que tuviesen testimentificacion; pero esta palabra no tenia el significado que últimamente tuvo, sino otro, que se referia á la época en que los testamentos se hacian por mancipacion. No podian ser testigos en un testamento: los impúberes, las mugeres, los esclavos, los locos, los sordos mudos, los pródigos legales y los improbos intestables. Tampoco podian serlo los que estaban bajo la potestad del testador ó del heredero siempre que el testamento fuese abierto; pero no era un obstáculo el enace entre los testigos.

Del testamento militar.

Habian testamentos que no estaban entre los que acabamos de indicar: se los llamaba, testamentos privilegiados: el mas notable entre ellos, es el testamento militar.

Entre los muchos privilegios que los emperadores concedieron á los militares, existió uno relativo á los testamentos. Este privilegio fué concedido por Julio César, pero solo como una gracia temporal; Tito y Domiciano lo confirmaron, y Nerva y Trajano lo generalizaron: consistia, en que para la validez de

Un testamento hecho por un militar, no era necesaria otra formalidad, sino que constase de una manera auténtica su voluntad; poco importaba por lo demás que esta resolución hubiese sido tomada en el acto de manifestarla, ó que hubiese sido expresada desde antes aunque imperfectamente. Para que constase la voluntad testamentaria de un militar, no se exigía mas prueba, que un escrito de cualquiera naturaleza, ó el testimonio de dos testigos.

Este privilegio, fundado en los peligros de la vida militar, se refería á los que estaban inscriptos en las listas del ejército, y á los que sin ser militares, vivían en el ejército y participaban de sus riesgos; pero únicamente se gozaba de él durante la campaña; los que habían sido licenciados por causa justa y honrosa, gozaban además el privilegio de que sus testamentos arreglados al derecho militar subsistiesen hasta un año despues de su retiro del ejército.

El militar sordo y mudo tambien podia hacer su testamento.

Mas los privilegios que se concedieron á los militares, no solo se referían á las formas del testamento, sino tambien, á la capacidad para testar, á la facultad de instituir herederos, y á la libertad que se les concedía para hacer sus disposiciones testamentarias contra los principios comunes de la testamentificación.

Tambien gozaban de algunos privilegios, los testamentos hechos en tiempo de peste y los hechos en el campo.

De los que no pueden testar.

El derecho de testar no fué considerado en los primeros tiempos como una institucion del Derecho Civil, como una consecuencia del derecho de propiedad, sino como un principio del Derecho público, por cuanto segun lo hemos dicho ya, al hacer un testamento se trataba principalmente de señalar la persona que representaría á otra despues de su muerte, en la asociacion política y religiosa, y no en la disposicion de sus bienes.

En el derecho de testar, hay dos cosas que distinguir: el derecho de tener un testamento, y la capacidad física y moral de confeccionarlo; cosas que pueden ser separadas, pero que precisamente deben estar reunidas en el momento en que se hace el testamento, para que éste sea válido. Hecho un testamento con estos requisitos, valdrá mientras se conserve el derecho de tener un testamento, aun cuando se pier-

da la capacidad física y moral de confeccionarlo y aun, si se muriera el testador en esta incapacidad. No así respecto del derecho de tener un testamento, que una vez perdido por cualquiera causa, se anula para siempre el testamento que se hiciera ántes de perderlo, aunque se continúe en la capacidad física y moral de hacer un testamento.

Como el derecho de testar era una institucion do Derecho público de los Romanos, claro es que los que no están en la comunjon de éste derecho, no pueden testar; sin embargo, los esclavos públicos pudieron testar la mitad de sus bienes; los *peregrini*, segun las leyes de su ciudad; y los libertos no pudieron hacerlo, lo mismo que sus hijos, á pesar de que con la libertad, adquirian la ciudadanía romana, sino despues de publicadas las XII Tablas. Mas tarde entre los libertinos, solo los *Latinos-Junianos* y los *dediticios* no pudieron testar. Tambien estaban impedidas las personas declaradas *intestabiles*.

Entre los ciudadanos, los hijos de familia no podian testar, ni aun con consentimiento de sus padres: para ellos el derecho de testar no fué consecuencia inmediata del derecho de propiedad que se les reconoció sobre los peculios, sino un privilegio concedido mas tarde independiente de este derecho, que fué desarrollándose sucesivamente, hasta que en los últimos tiempos, á casi todo lo que abrazaba el derecho de propiedad. En efecto, los primeros emperadores concedieron á los hijos de familia militares en actual servicio, el derecho de testar del peculio *castrense* y mas tarde, Adriano lo hizo estensivo á los veteranos; pero hasta entónces se les habia concedido el derecho de tener un heredero testamentario y solo mucho tiempo despues, se les concedió el derecho de tener herederos *ab intestato* que lo fueron en primer lugar, los hijos; en segundo, los hermanos, y en tercero, los padres. Nunca se les concedió á los hijos el derecho de testar el peculio adventicio y profecticio.

Entre los padres de familia están impedidos de testar: los impúberos, los pródigos y los locos: á los sordos-mudos, si lo permitió Justiniano, con tal que pudiesen manifestar su voluntad y que estos defectos no arguyesen falta de capacidad mental; á los ciegos, el emperador Justino les permitió testar, con tal que concurriese al testamento un octavo testigo.

Hemos indicado que una vez perdido el derecho de tener un testamento: se invalida para siempre el que se hizo en tiempo hábil: no sucede esto respecto del testamento que hi-

zo el que habia caído en cautiverio; porque por el principio *postliminium*, sus derechos están en suspenso hasta que vuelva á su patria; tampoco sucede el testamento que hizo oportunamente el que moria en el cautiverio, porque segun la ley Cornelia, se le considera muerto en su patria.

De la desheredacion de los hijos

El principio *uti legassit super &*. de las XII Tablas, daba á los padres de familia un ilimitado poder para disponer de su herencia; pero este principio, segun Pomponio, fué restringido, por la interpretacion de los jurisconsultos y por la legislacion civil.

En efecto, los jurisconsultos pensaban que los miembros del ser colectivo llamado familia eran, por naturaleza, copropietarios con el padre en todos los bienes de la casa, por lo que los llamaban *heredes sui*, que significa copropietarios condominos. Fundados en esta, establecieron los jurisconsultos que, para que el padre pudiera escluir de la herencia á sus hijos, fuese menester que lo espresase terminantemente; así se estableció el principio de que los hijos, debian ser instituidos ó desheredados espresamente, principio que viene á ser, un término medio, entre la amplia facultad que la ley de las XII Tablas habia dado á los Romanos para disponer, á la hora de la muerte, de sus bienes y el de copropiedad entre padres é hijos, que para los jurisconsultos se derivaba de la constitucion natural de la familia; si bien es cierto que al establecer esta máxima, mas se fijaron en evitar toda duda sobre las últimas voluntades, que en coactar el poder de los padres de familia sobre sus bienes. La desheredacion debia ser nominal [determinando precisamente al desheredado] respecto de los hijos varones de primer grado, bajo pena de nulidad absoluta del testamento; y podia ser *inter ceteros* (de una manera general, sin determinar individualmente al desheredado) respecto de los nietos y de las hijas: la pretericion [olvido en el testamento] de estos, no anulaba el testamento, sino que les daba derecho á concurrir con el heredero instituido en la mitad de la herencia, si el instituido era persona estraña y en una porcion civil, si era heredero suyo.

Traia graves consecuencias respecto de los póstumos, ese principio de desheredacion de los hijos, introducido por los jurisconsultos. Un póstumo como persona incierta, por cuanto no estaba nacida al confeccionarse el testamento, no podia

ver instituido, y por lo mismo, tampoco desheredado; sin embargo al nacer rompía (anulaba) precisamente el testamento, porque nacía heredero suyo del testador, en cuya familia se contaba desde el momento de la concepcion, y porque había sido inicio sostener ese testamento contra las prescripciones de la naturaleza y contra las intenciones presuntas del testador. Para evitar este inconveniente irremediable, se estableció que los padres pudieran instituir herederos á sus hijos póstumos, y como una consecuencia de esto, se introdujo tambien que pudieran desheredarlos. A estos póstumos, se les llamó póstumos suyos, y á los que no nacieron bajo la potestad del testador, póstumos estraños, aunque pertenecian á su familia natural: las disposiciones testamentarias respecto de estos, continuaron prohibidas. Los póstumos varones, debian ser desheredados nominalmente, y las hembras, *inter ceteros*, con tal que á estas se legase algo para que no parecieran preteridas.

Todos estos principios se referian únicamente á los póstumos verdaderos; pero despues la ley Julia Veleya, los aplicó á los cuasi-póstumos, que son los nacidos despues de la confeccion del testamento, pero en vida del testador, ó los que al tiempo de otorgarse el testamento no eran herederos suyos del testador ó no nacerian tales; pero que por circunstancias posteriores, se hacian ó nacian tales herederos. Estos cuasi póstumos llamados tambien póstumos veleyanos, rompien el testamento en que no habian sido instituidos. Por el principio de cuasi-agnacion del póstumo, y para evitar esta ruptura, se estableció lo que llevamos indicado.

Los hijos emancipados no eran por derecho estricto herederos suyos del testador, y por tanto, este podia preterirlos, pero encontrando el pretor que esto seria injusto, estableció que si los emancipados no eran instituidos ó desheredados con los mismos requisitos que los herederos suyos, él les daría la posesion de bienes, herencia conferida por el pretor, aun contra las disposiciones del testamento.

Los hijos adoptivos, mientras duraba la adopcion, eran herederos suyos del padre adoptivo, ningun derecho tenian en la familia natural; pero una vez disuelta la adopcion, el pretor los consideraba en las mismas circunstancias que á los hijos emancipados, y les daba los derechos que indicamos en el párrafo anterior.

Esta era la situacion de los hijos, segun sus diferentes clases, ántes de Justiniano, quien introdujo capitales innovacio-

nes sobre la materia. Todos los hijos de primero ó posteriores grados, emancipados ó nó, varones ó hembras, debian ser instituidos ó desheredados nominalmente, so pena de nulidad del testamento. En cuanto á los adoptivos, ya vimos en el título de las adopciones, los derechos que Justiniano les atribuyó respecto á los padres adoptantes.

De todos estos principios, está exceptuado el testamento militar; en ellos, la pretericion es desheredacion legal, salvo que pueda presumirse lo contrario.

Tampoco se refieren los mencionados principios á los testamentos de la madre y de los abuelos maternos, quienes por derecho estricto, no están obligados á instituir á sus hijos ó nietos. Veremos mas tarde el remedio que se daba contra la pretericion de la madre y de los abuelos maternos.

Las justas causas por las cuales pueden los hijos ser desheredados son catorce, á saber: 1ª si el padre fuese injuriado gravemente, 2ª si el hijo le diere con las manos ó de otra manera, 3ª si asechase su vida, 4ª si le siguiere perjuicio por dilacion del hijo, 5ª si se acompañare con hechiceros ó llegare á serlo, 6ª si impidiere que el padre testara, 7ª si no cuidare de su padre furioso, 8ª si estando cautivo, no lo redimiere, 9ª si el hijo se hiciese hereje, en tales términos que no admita los cuatro primeros sinodos ecuménicos, 10ª si acusare al padre de crimen capital, excepto el de lesa majestad, 11ª si tuviese relaciones ilícitas con la madrasta ó concubina del padre, 12ª si no quisiese salir de fiador de su padre para sacarlo de la cárcel, 13ª si se prostituyese la hija menor que el padre quizo casar, 14ª si el hijo se hacia cómico ó farsante contra la voluntad de su padre.

Los padres pueden ser justamente desheredados: 1º si acusasen á sus hijos de delito capital, 2º si asechasen su vida, 3º si estupraren á la nuera ó la concubina del hijo, 4º si impidiesen que los hijos testen, 5º si no los redimiesen estando cautivos, 6º si no los cuidasen estando furiosos, 7º si fueran herejes, 8º si el padre envenenase á la madre ó ésta á aquel.

Las causas de la desheredacion de los hermanos son: 1º si el hermano ó hermana asechasen su vida, 2º si se les acusase criminalmente, 3º si se le causare pérdida de bienes.

Institucion de herederos.

Institucion de heredero es la designacion de la persona que se quiere tener por heredero. Ya hemos dicho lo que la pala-

bra heredero significa en la Jurisprudencia romana; la palabra *legare*, expresó al principio la institución de heredero; pero después tomó un significado que pronto conoceremos. Esta designación, es lo esencial en el testamento, de tal manera que no habiendo heredero instituido, no hay testamento, por esto y porque la designación de heredero debía preceder á toda otra disposición testamentaria, con excepción de la desheredación y del nombramiento de tutor, se llamó á dicha institución, cabeza y fundamento del testamento. Semblante necesidad, así como la de hacer el nombramiento del heredero con palabras imperativas á manera de ley, desaparecieron en tiempo de los emperadores.

Al principio estuvieron impedidos de ser herederos: los peregrinos, los deportados, los dedicticios y los latinos junianos; á las mugeres, por la ley Voconia, se les impuso cierta incapacidad para recibir por testamento; á los célibes y á los que no tenían hijos [*orbi*], los incapacitó la ley Papia Poppea. También tenían incapacidad para heredar, las corporaciones, salvo algunas determinadas, y las personas inciertas, entre las que se contaban los dioses y los póstumos. En tiempo de Justiniano, no estaban impedidos sino los peregrinos, los deportados, los hijos de los reos del crimen de lesa-majestad, los hijos incestuosos respecto de sus padres, la muger, cuando había hijos de un matrimonio anterior, y los hijos naturales, cuando había legítimos. Fuera de estas prohibiciones, todos podían ser instituidos, tanto los libres como los esclavos, así propios como ajenos, de uno ó de varios dueños, esté vivo ó haya muerto el dueño del esclavo ajeno. El esclavo propio instituido, se hace libre por solo el hecho de la institución, y adquiere la herencia para sí, con el nombre de heredero necesario; pero el amo que instituyó á su siervo puede haberle dado la libertad independiente de la institución y de una manera condicional, en cuyo caso si la libertad fracasa, fracasa también la institución; y puede también revocar la libertad, dejando subsistente la institución, como si después de hecho el nombramiento de heredero en favor de su esclavo, lo vende, en cuyo caso siempre el esclavo será el heredero, pero adquirirá la herencia, no para sí, sino para el amo en cuyo poder se encuentre al tiempo de tomar la herencia. El esclavo ajeno instituido, en consideración á su amo: para este es pues, la herencia, salvo el caso en que se encuentre libre o haya cambiado de dominio al tiempo de tomar la herencia.

El testador puede instituir cuantos herederos quiera, de-

rándose á cada uno de ellos, la porción que le parezca conveniente; pero debe dividir la herencia, de manera que nada quede vacante, porque segun el principio de que nadie puede morir parte testado y parte intestado, la vacante se dividirá proporcionalmente entre los herederos nombrados.

Para evitar las operaciones aritméticas que la aplicación de este principio podia exigir, los Romanos acostumbraron señalar las porciones hereditarias, designando únicamente el numerador de todas las fracciones, para que todas tuviesen por denominador comun, la suma de todos los numeradores. Nada habia obligatorio sobre la division de la masa hereditaria, pero la costumbre habia introducido al principio, de que esa masa, que llamaban *as*, se considerase dividida en doce partes que se llamaban *onzas*. Habia casos en que se presumia que el testador habia seguido esta costumbre, y con arreglo á ella se hacia la distribucion de la herencia: así sucedia cuando habiendo determinado el testador las onzas que dejaba á uno ó mas herederos, nada decia de lo que daba á otros de los instituidos; entónces se presume que las onzas que faltan para completar las doce, son la porcion hereditaria de estos herederos: así sucede tambien cuando el testador ha dispuesto espresamente de mas de doce, y hay herederos cuya porcion no está determinada, entónces se supone que el testador ha hecho de su herencia, dos ó mas *ases*, divisible cada uno en doce *onzas*, y se establece que las onzas de que no ha dispuesto, son para los herederos cuyas partes no están determinadas.

Cada número de onzas tiene un nombre particular.

La institucion de heredero puede ser, pura ó condicional. En el primer caso, el heredero lo es, desde el momento de la muerte del testador. En el segundo, no tiene ningun derecho, no es heredero, hasta que no se cumple la condicion: de tal manera, que si ántes de cumplida, muere ó se hace incapaz por cualquier motivo, de heredar, ni él, ni sus herederos adquiere nada, pero cumplida la condicion, adquiere la herencia con todos sus incrementos.

No se puede instituir heredero, desde cierto dia ó hasta cierto dia, por el principio de que nadie puede morir parte testado y parte intestado; lo que significa que no se admite la menor concurrencia entre los herederos testamentarios y los legales, cuando estos se presentan con tal carácter; y sin duda que se violaria este principio, que solo se exceptúa respecto de los militares, instituyendo herederos por cierto ó desde

cierto tiempo; porque mientras el instituido no tenia derecho, ni esperanza de derecho sobre la herencia, debia venir el heredero lejítimo, y esto es precisamente lo que se quiere evitar. No presenta inconveniente en los testamentos la institucion desde dia incierto.

El término cierto y las condiciones imposibles puestas á la institucion de heredero, se tienen por no puestas.

De la sustitucion vulgar.

En este título y en el siguiente, vamos á tratar de una especie particular de institucion de heredero, de una institucion que tiene por objeto evitar el morir intestado. Esta institucion, se llama sustitucion y viene á ser una institucion secundaria.

La sustitucion es de dos clases, vulgar y pupilar. La primera llamada así, por ser la mas comun, consiste en establecer dos ó mas órdenes de herederos, llamando á cada uno á la herencia por su orden: los llamados en defecto de los primeros son los institutos. Es natural que las sustituciones existiesen entre los romanos desde los primeros tiempos, creyendo como creian deshonroso hasta cierto punto el morir intestado; en tiempo de la república, estuvo en mucho uso, pero mas aun en el de los emperadores, cuando las leyes caducarias habian multiplicado las causas de incapacidad para recibir algo por testamento.

Como la sustitucion es una especie de institucion, debe entenderse que se refieren á los que han de ser institutos, todas las condiciones que se exigen de los que han de ser instituidos. El testador es completamente dueño de sustituir como quiera, así respecto del número y orden de los sustitutos, como de la porcion hereditaria que le toque á cada uno de ellos cuando les llegue el caso; pero se acostumbraba sustituir en último lugar á un esclavo; para que fuese heredero forzoso, y se habia admitido la máxima, de que el sustituto es instituido. En cuanto á la cantidad que tomaba el sustituto, era la misma que habria tomado el instituido, si el testador no habia determinado otra cosa.

Sustitucion pupilar.

La sustitucion pupilar introducida por la costumbre, tenia por objeto evitar que muriesen intestados los impúberos. No era otra cosa, sino el testamento del impúber hecho por el pa-

dre, en virtud de su patria potestad, para cuando el hijo muriese ántes de haber llegado á la pubertad.

La sustitucion pupilar abraza la vulgar cuando el padre instituye por su heredero á su propio hijo, y previendo que este no acepte su herencia ó muera sin poder testar, le nombra un heredero, para que tome la herencia en uno ó en otro caso. Ambas sustituciones están aquí espresadas; pero una de ellas puede tambien hallarse tácitamente comprendida en la otra, y esto sucede, segun lo determinó Antonino Pio, siempre qua se sustituya de cualquier manera á un hijo, á ménos que el padre no haya dispuesto terminantemente de otro modo. Qué la sustitucion popular es el testamento anticipado del hijo, no cabe duda, pues ya sabemos que es una verdadera institucion de heredero, aunque secundaria, y que lo fundamental en el testamento, es la institucion de heredero.

Aunque este testamento puede considerarse como un accesorio del que el padre hace para sí, puede ser independiente de él; por razon de los bienes á que se refiere, de la naturaleza que se le dé, del tiempo en que se haga y de las condiciones á que se someta el heredero instituido en él; mas como accesorio que es del testamento del padre, parece, si se anula el del padre; y se sostiene, cualquiera que sea el motivo por el que se sostenga el testamento paterno. Estando fundada la sustitucion pupilar en la patria potestad, se deduce que solo pueden sustituir pupilarmente, los que tienen patria potestad, á los que están constituidos en ella, y despues de haber hecho su propio testamento; y tambien se deduce que la sustitucion concluye, llegando el sustituto á la pubertad.

Sustitucion de los militares.

Ninguno de los principios relativos á la sustitucion pupilar era obligatorio á los militares: podian sustituir para despues de la edad de la pubertad, sin haber hecho su propio testamento: se sostenia la sustitucion, aunque nadie aceptase la herencia del que la habia hecho. Esta es pues, una especie nueva de sustitucion.

Sustitucion autorizada por los emperadores.

Los emperadores acostumbraron autorizar á los padres para que hiciesen los testamentos de sus hijos púberes, incapaces de ejercer su derecho de testar. Esta costumbre, genera-

lizada por Justiniano, es el origen de la sustitucion cuasi popular.

Sustitucion cuasi pupilar.

Fué introducida por Justiniano, á ejemplo de la pupilar y generalizando la costumbre de que hablamos en el párrafo anterior. Esta sustitucion no se funda en la patria potestad, porque todos los ascendientes, de cualquier sexo que sean, pueden sustituir á sus descendientes púberes, para evitarles el que mueran intestados por ser dementes. Termina esta sustitucion, en el momento que se sale del estado de demencia. El que sustituye no es libre para elegir el heredero que quiera, sino nombrarlo en el orden siguiente: primero, los descendientes del amente; segundo, los hermanos y despues, á quien mejor le parezca.

Invalidacion de los testamentos.

El testamento en que no se han observado las prescripciones que hasta aquí llevamos indicadas, es nulo en su origen, mas tambien puede anularse un testamento válidamente hecho, por causas posteriores á su confeccion. Las diversas causas de nulidad, las distinguen los juriscónsultos con diferentes nombres: así unos testamentos son *injustos*, otros *nulos*, *rotos*, *inútiles*, *destituidos*, *rescisos*, etc.

Injusto, es el testamento en que no se han observado las solemnidades de su confeccion; *nulos*, son aquellos en que se ha preterido á los hijos; y *destituidos*, aquellos que no producen efecto alguno, porque el heredero no toma la herencia.

Se rompe el testamento por varias causas: primera, por agnacion del póstumo, esto es, por el hecho de entrar á la familia del testador, un heredero que no existia ó no tenia el carácter de tal, cuando se hizo el testamento. Este hecho puede realizarse de diferentes maneras, de las que unas son peculiares al derecho antiguo y otras comunes á todos los tiempos. Ya hemos indicado en el título de las desheredaciones, como se permitió que primero los póstumos y despues los cuasi póstumos fuesen instituidos y tambien desheredados, para salvar el inconveniente de que con su nacimiento rompiesen el testamento en que no habian sido instituidas ni desheredados; agregaremos que la desheredacion evita la ruptura del testamento, solo respecto de aquellos á quienes al tiempo de desherodarlos, se sabia positivamente que llegarían á te-

ner el carácter de herederos suyos, y no respecto de aquellos en quienes no podia tenerse esta seguridad, por lo que la desheredacion anticipada del adoptado, por ejemplo, no impedia que despues de la adopcion se rompiese el testamento; mas Justiniano, siguiendo la opinion de Papiniano, decidió que si la desheredacion no producía este resultado, lo produjese siempre la institucion, por mas que en su origen fuese hecha en favor de uno que todavía no era heredero suyo del testador.

Se rompe en segundo lugar el testamento, por la formacion de otro posterior perfecto, relativamente al estado del testador, y que por el modo de la restitution que en él se hace, esté asegurada la probabilidad de que el testador tendrá un heredero testamentario. Esta es la razon por la cual queda vigente el primer testamento, si la condicion impuesta á la institucion se refiere al tiempo presente ó al pasado, y no al futuro, como debe referirse toda verdadera condicion, aunque ella no se cumpla. Exceptúase de este principio, únicamente el caso en que en el testamento posterior imperfecto se instituya á los herederos legales que fueron preteridos en el anterior. Una vez hecho el testamento posterior perfecto, aunque mas tarde se invalide, no por eso se establece el primero, sino que el testador muere intestado por haberse invalidado sus dos testamentos.

Se rompe en tercer lugar el testamento, por el hecho material de rasgar el pliego que lo contiene ó los sellos que lo cierran; y últimamente por el trascurso de diez años, unido á la simple manifestacion de la voluntad de que no subsiste el testamento, hecho ante tres testigos, ó por un acto notorio y auténtico. Antes, solo se exigía el trascurso de diez años.

El testamento roto se sostiene por beneficio del pretor, cuando el póstumo que lo rompió muere, vivo el testador; y cuando el testador rasga los sellos del segundo testamento, dejando integros los del primero. El testamento se hace irrito, por cualquiera *capitis minucium* que sufre el testador.

Los testamentos irritos, eran sostenidos por el pretor, cuando el testador moría en su primer estado; pero tratándose de uno que habia sido adrogado, despues de haber hecho su testamento, y que moría siendo otra vez hombre de su derecho, se exigía para sostener ese testamento, que el testador manifestase su voluntad de morir en esa disposicion testamentaria. Justiniano prescindió de esta necesidad.

Del testamento inoficioso.

En el título sobre la desheredación de los descendientes, dejamos establecido que los testadores no tenían mas obligación, respecto de sus hijos, que instituirlos ó desheredarlos expresamente, y que podían hacer la desheredación, aun sin determinar causa alguna; pues solo por una novela de Justiniano quedaron establecidas las únicas causas de desheredación; pero no era esto lo que exigían las relaciones entre padres é hijos, y así lo comprendieron sin duda los Romanos, cuando en el siglo V ó VI, apareció introducida por la costumbre y no por ninguna disposición legal, la querrela de *inoficioso*, ó sea el remedio legal contra las desheredaciones injustas de los hijos, que según el estricto derecho podían hacer los padres. Esta querrela es pues, una de las instituciones legales que garantizan la realización del principio filosófico de copropiedad entre padres é hijos que los jurisconsultos habían establecido: se entablaba ante los centunviro, quienes la resolvían según las prescripciones de la equidad; pues, repetimos que solo después de publicada la Instituta, se determinaron las causas justas de desheredación; y se le fundaba en la suposición de que el testador había estado demente.

No solo se entablaba esta querrela contra las desheredaciones injustas que hubiese hecho el padre testador, sino también, contra la preterición, y contra la desheredación inmotivada, que según el rigor del derecho, nacida de la constitución civil de la familia, podían hacer los ascendientes maternos.

Tenían el derecho de entablar esta querrela, todos los descendientes que tenían derecho de ser instituidos, también los ascendientes, y por último, según la legislación de Justiniano, los hermanos consanguíneos, cuando habían sido instituidos por herederos, personas viles y despreciables.

La querrela de *inoficioso*, es un recurso subsidiario que no se conoce sine á falta de otro; por esto estableció Justiniano, que si al heredero se le había dejado menos que su porción, no entablase la querrela, sino que pidiese el complemento de dicha porción, pero es menester, según la novela CXXV, que lo que se le deja sea á título hereditario, y no á cualquier otro; como se dispone en el párrafo de la Instituta.

La *legítima*, no fué establecida por ninguna disposición legislativa, sino por estension de lo dispuesto en la ley Falcidia, y á ejemplo de esta ley que pronto conoceremos. La porción legítima fué al principio, la cuarta parte de la heren-

cia y despues Justiniano la aumentó á la mitad, si los legitimos eran mas de cuatro, y si menos, á la tercera parte.

La legitima se computa, por los bienes que quedan á la muerte del testador, deducidas las deudas, los gastos del funeral y las manumisiones. Se imputa á ella, todo lo que el legitimario recibe por causa de la muerte del testador, y aun ciertas donaciones *inter vivos* como todas las que se hacen por razón de matrimonio.

El testamento *inoficioso* fué al principio nulo en todas sus partes, pero Justiniano estableció que solo se anulase respecto de la institucion de heredero.

El derecho de establecer la querrela de inoficioso, se pierde por transaccion con los herederos del testador y por desistimiento de la accion, por reconocimiento de la voluntad del testador por dejar trascurrir cinco años (ántes dos) sin entablarla, y por morir sin haberla iniciado y preparado.

Cualidad y diferencia de los herederos.

En este título se trata del modo de adquirir la herencia, porque en esto principalmente consiste la diferencia que hay entre los herederos.

Los herederos son: *necesarios, suyos y necesarios, y estranos*. Herederos necesarios son los esclavos instituidos por sus amos, porque adquieren la herencia de pleno derecho, quieran ó no, desde el momento en que se fija el derecho hereditario, quedando desde entonces obligados á todas las responsabilidades de la herencia, aunque no basten para cubrirla los bienes de que ella consta. Mas como este principio de estricto Derecho Civil fuese infuso, el pretor habia establecido, que á solicitud de parte interesada, el heredero (ó los fideicomisarios y legatarios) concederia que los bienes de la herencia se separasen de los bienes del heredero. Este beneficio que era estensivo á los esclavos instituidos por sus amos, se llamó por los tratadistas: *beneficio de separacion*, una vez obtenido por el esclavo, no quedaban afectos á las responsabilidades de la herencia, los bienes que él habia adquirido despues de haber tomado la herencia. Herederos *suyos y necesarios*, son los hijos que están constituidos inmediatamente bajo la patria potestad de un ciudadano, y todos los descendientes de un testador, cuando son válidamente instituidos por él.

Se les llama *suyos*, porque son los herederos naturales, porque siendo copropietarios con el padre, no le heredan hablan-

do con propiedad, sino que se heredan á sí mismos ó continúan en el dominio de sus bienes; y se les llama *necesarios*, porque así como los esclavos, adquieren la herencia de pleno derecho, inmediatamente que se adquiere el derecho hereditario, sin que medie ningún acto por su parte.

El pretor concedió á los hijos que eran herederos de sus padres, el beneficio que los comentadores han llamado de abstenerse, por el cual, con solo no injerirse en la herencia, quedaban libres de todas sus responsabilidades; pero sin perder por esto su carácter de herederos naturales, pues mientras no se verificase la venta de los bienes hereditarios por los acreedores de la herencia, tenían los hijos el derecho de tomarla. Justiniano señaló á este derecho el término de tres años. Este beneficio tiene algunas ventajas sobre el de separacion, concedido á los esclavos.

Herederos *extraños ó voluntarios*, son todos los demas. Estos no adquieren la herencia de pleno derecho, sino mediando su voluntad de tomarla: hay que distinguir pues, respecto de ellos, la adquisicion del derecho hereditario, de la adquisicion de la herencia: el primero se adquiere, á la muerte del testador ó al cumplimiento de la condicion impuesta á la institucion, entónces la esperanza de llegar á ser heredero se convierte en un derecho: la segunda se adquiere, en el momento que el heredero hace la adiccion á la herencia. Segun esto, la capacidad (para ser heredero) del que ha sido instituido, debe examinarse en tres épocas: en la de la institucion, en la de la muerte del testador ó en la del cumplimiento de la condicion, y en el dia de la adiccion. Las variaciones que sufría el estado del heredero en el intermedio de las dos primeras épocas, en nada le perjudicaban, porque hasta entónces no tenía un derecho, sino una mera esperanza: no es lo mismo para las que puede sufrir en el intermedio de las dos segundas, porque ellas afectan el derecho y lo hacen perder.

Como los herederos *voluntarios* no adquieren la herencia de pleno derecho, sino por acto de su voluntad, debían practicar este acto, que de un modo general se llamaba: *adiccion de la herencia*.

No habia un término fijo dentro del cual, el heredero debía manifestar que aceptaba ó repudiaba la herencia. El pretor estableció, por un edicto, que concedería, á instancias del heredero, un plazo que no seria de ménos de cien dias para deliberar sobre la herencia, pasado el cual, debía el heredero manifestar terminantemente, si tomaba ó nó la herencia.

Esto es lo que los tratadistas llaman: *beneficio de deliberacion*.

Mas tarde Justiniano, generalizando la restitucion *IN INTEGRUM* que en ciertas circunstancias se habia concedido á los mayores de veinticinco años, estableció el beneficio que los tratadistas llaman *de inventario*, por el cual, si el heredero inventaría legalmente los bienes de la herencia, no queda obligado sino hasta donde ellas alcanzan. Pero este beneficio no derogó el de deliberacion: podia usarse de uno ú otro.

La adición de la herencia, indispensable para que el heredero voluntario se haga dueño de ella, puede hacerse por *crecion*, por *gestionar* como heredero (*re*) y por *adición*.

La *crecion* era un modo sacramental de tomar la herencia aplicable únicamente cuando el testador habia señalado un plazo que regularmente era de cien dias, para que, á su conclusion el heredero aceptase ó renunciase la herencia. La *crecion* fué suprimida por Teodosio.

La *gestion* de la herencia consiste, en que conociendo el heredero su derecho, tome la herencia de hecho y la administre como dueño.

La simple *adición* consiste en que el heredero manifieste su voluntad de tomar la herencia. La renuncia de la herencia, se hace tambien de hecho ó manifestando verbalmente la voluntad de no tomarla.

Hecha la adición ó la renuncia de la herencia, el heredero queda irrevocablemente obligado ó libre de todas las cargas de ella, á no ser que obtenga por causa de su minoridad una restitucion *in integrum*. Esta restitucion se concedió por gracia de los príncipes á los mayores de veinticinco años; despues á todos los militares y de ella nació el beneficio de inventario contra la adición ó la renuncia; pero debe advertirse que solo obligan la adición y la renuncia, cuando el acto ha sido practicado con pleno conocimiento del derecho que se tiene á la herencia, de la naturaleza de ella y (de que ha llegado la ocasion de tomarla. La adición de la herencia era uno de aquellos actos que debian practicarse personalmente, que no admitian representacion; pero ya dijimos que Teodosio autorizó á los tutores, para que lo practicasen por los pupilos, y lo mismo hizo Justiniano respecto de los curadores. El pródigo puede adicionar por si mismo y el padre puede hacerlo por su hijo infante.

Acciones relativas á la herencia.

Dos son las principales: la peticion de la herencia, accion.

real por la que se reclama el derecho hereditario contra el que de cualquier modo lo niega, y como consecuencia de esto, pero no directamente, se vindican los bienes hereditarios; y la accion familia *erciscundæ*, tiene por objeto la division de la herencia entre los herederos. Ambas acciones se prescriben á los treinta años, pero la segunda no absolutamente. Neben tambien de la herencia, la accion para pedir la revocacion de las donaciones inoficiosas, la querrela de inoficioso y la que se dirige á completar la legítima.

Legados.

Se trata de ellos en este lugar por su relacion con los testamentos. El legado es, segun la Instituta, una especie de donacion dejada por un difunto: se puede definir diciendo que es la última voluntad, por la que se deja una cosa á título singular.

Se diferencian esencialmente la institucion de heredero y el nombramiento de un legatario: la primera es la designacion del que ha de continuar la persona jurídica de una persona que vá á morir, representándola en la sociedad y perpetuándola. Disponer de una de nuestras propiedades en favor de cierta persona, sin establecer entre ella y nosotros mas relacion que la que produce la transmision gratuita de la propiedad, es hacer una donacion, un legado ó un fideicomiso, segun las circunstancias ó el modo de la liberalidad.

El legado es uno de los detalles, una parte de la ley del testamento: por eso es que, al principio, sólo habia legados cuando un individuo hacia su testamento; no podian redactarse sino con palabras imperativas y despues de la institucion de heredero, y solo podian imponerse al heredero testamentario; pero todo esto cambió completamente cuando Justiniano hizo de los legados y fideicomisos una sola institucion, compuesta de todo lo favorable de ámbas. Examinando los fideicomisos veremos la importancia de esta refundicion.

En este estado no son verdaderas las definiciones que Ulpiano y Justiniano dan de los legados.

La práctica estableció cuatro fórmulas ó modos de hacer los legados, que se adoptaban perfectamente á la voluntad del testador sobre las personas á quienes legaba y principalmente sobre las cosas legadas. Los jurisconsultos dedujeron con estrema precision y estrictez las consecuencias que, de estas fórmulas, se derivaban particularmente sobre los derechos á la cosa legada que adquiere el legatario.

Este es el origen de los legados por vindicacion, por condenacion á manera de dejar y por precepcion. Estas formas ó maneras de legar producian efectos diferentes, respecto de los derechos que adquiria el legatario y de la obligacion que gravaba sobre el heredero á quien se habia impuesto el legado y tenian distinta aplicacion, en cuanto á las cosas legadas y las personas á quienes se legaba.

El legado por vindicacion (*per vindicationem*) es asi llamado, porque inmediatamente despues de la adiccion, la cosa legada se hace de la propiedad civil del legatorio, quien puede vindicarla. El testador no podia legar por vindicacion, sinó teniendo al tiempo de testar y al de la muerte la misma propiedad civil sobre la cosa, pero bastaba que tuviese este derecho en la época de la muerte, para las cosas que se aprecian por peso, número ó medida.

El legado por condenacion (*per damnationem*) no dá al legatario la propiedad inmediata de la cosa, sinó un derecho ú accion personal contra el heredero para hacerle cumplir la obligacion que el testador le impuso de dar, hacer ó prestar este modo: puede el testador legar sus cosas, las del heredero, las de otro, las que no existen y todo lo que puede ser objeto de una obligacion.

El legado á manera de dejar (*sinendi modo*) es ménos estenso que el anterior y mas que el primero. La obligacion que impone el testador al heredero, es la de dejar tomar algo; no puede pues tener lugar, sino respecto de los bienes de uno ú otro. En cuanto al legatario, no adquiere mas derecho que el de tomar y no la propiedad.

El legado por precepcion (*per præceptionem*) concedia á uno de los coherederos, el derecho de tomar particularmente algo de los bienes de la herencia independiente ó distinto de la porcion que por su carácter debia alcanzar. No se adquiria por él, la propiedad de la cosa legada, sino el derecho de reclamar su ejecucion por la accion *familiæ erciscundæ*.

Estas maneras de legar fueron desapareciendo: primero, Nerón les quitó el rigor que tenian en su ejecucion, dando siempre fuerza á la voluntad del testador, aunque no la tuviera, segun el sentido de la fórmula empleada; los hijos de Constantino, dieron valor á la voluntad del testador, aunque no estuviera espresada con una de las fórmulas de los legados; por último Justiniano abolió las fórmulas sacramentales, declarando que la voluntad manifestada de cualquier modo, produciria las acciones personales, reales é hipotecarias. Tambien

hizo Justiniano la refundición de los legados con los fideicomisos, con lo que quedó completamente variada la naturaleza que tenían al principio los legados, como parte de la ley del testamento.

Se comprendió el legado entre los modos de adquirir, designados con el nombre de *lege* [por la ley].

Se pueden legar todas las cosas que están en el comercio humano, sea que existan ó que esten por existir; sean propias, ó ajenas, con tal que el testador no ignore esta circunstancia; sean libres ó agravadas; sean corporales ó incorporeales. Entre los legados de cosas incorporeales, se cuentan el legado de usufructo, el de servidumbre, el de liberación, [*legatum liberationis*] y el de crédito (*legatum nominis*.) Hay también legados de género, de especie y de cantidad. Antes de Justiniano se usaba el legado partitio.

El legado de género consiste en dejar una cosa en su género; el de especie, en determinar el objeto por sus cualidades, ó de cualquier otro modo; el de cantidad, el nombre lo indica; el legado de opción está comprendido entre los legados de género: consiste en el derecho del legatario de elegir entre varios objetos de la misma clase, uno de ellos.

Antiguamente, toda disposición testamentaria, fuese institución de heredero, nombramiento de legatario ó de tutor, estaba prohibida respecto de las personas inciertas; entendiéndose por tales á las que el testador no tenía presentes en su mente de un modo exacto: entre ellas se comprendía á todos los póstumos y mas tarde solo á los póstumos extraños, á las corporaciones &², y aunque los fideicomisos fueron establecidos precisamente, en favor de aquellos á quienes no se podía legar, Adriano los prohibió respecto de ellas. Justiniano cambió completamente estos principios permitiendo las disposiciones testamentarias, excepto el nombramiento de tutor, respecto de las personas inciertas.

Al principio, solo se podía gravar con legados, al heredero testamentario, porque solamente él recibía la herencia por voluntad del testador, pero como desde los tiempos de Augusto, tuvieron fuerza legal los fideicomisos y como Justiniano los equiparase con los legados, se puede decir que no solo al heredero testamentario, sino también al *ab intestato* y á todos los que reciben parte de la herencia, se les puede gravar con legados.

Los legados pueden hacerse con demostración, determinación y causa. Demostración es la indicación de una cualidad

de la cosa legada ó de la persona á quien se lega, que no es necesaria para conocer á una ú otra; no siendo la demostracion necesaria, se concluye que la falsa demostracion no anula el legado.

Determinar es dar á conocer la cosa legada ó la persona á quien se lega indicando una cualidad ó circunstancia de una ú otra: no siendo verdadera la determinacion, no se puede conocer la cosa ó la persona: la falsa determinacion anula pues el legado.

Causa es el motivo que mueve á legar: como el legado es una liberalidad, poco importa, por regla general, que la causa sea falsa.

Los legados pueden hacerse simplemente ó sometiénolos á ciertas circunstancias que afectan su existencia, su extension ó su ejecucion, esto es lo que se llama modo: el modo de los legados comprende pues las condiciones que se le impongan, el término de su duracion y el objeto á que el testador destina la cosa legada.

La condicion es un hecho lícito é incierto y por lo mismo posible: la condicion negativa no posterga la ejecucion del legado, sino que mas bien recae sobre su revocacion: las condiciones imposibles se tienen por no puestas. La ejecucion de los legados hechos para un fin particular [*sub modo*] se asegura con caucion de que se cumplirá la voluntad del testador ó de que se devolverá la cosa legada.

Podia legarse, desde un dia señalado hasta otro dia, sin inconveniente alguno: al contrario de lo que sucedia en la institucion de heredero; pero debe tenerse presente que el dia incierto es una verdadera condicion en materia de testamentos.

No se podia legar para despues ó para la víspera de la muerte del legatario ó del heredero; tampoco se podia legar ni revocar los legados á título de pena: mas tarde, Justiniano permitió todo esto.

En los legados debemos distinguir el dia en que se adquiere el derecho [*dies cedit*] y aquel en que se puede cobrar la cosa legada [*dies venit*]. Cede el dia para los legados simples y los hechos á término cierto, inmediatamente despues de la muerte del testador, y para los legados condicionales y á término incierto, cuando se cumple la condicion ó llega el término. Adquirido una vez el derecho, por haberse cumplido la condicion ó haber llegado el término, se fija de una manera irrevocable, respecto de la persona para quien se adquiriria en su

momento y se trasmite ese derecho á los herederos. Exceptuamos de esta regla los legados de libertad, de opcion y las de servidumbres personales.

Derecho de acreción.

Un legado válido en su principio, podia anularse despues, ya por llegar á ser tenido como no escrito, ya por hacerse irrito ó destituido, ya por ser eripticio: en todos estos casos, la cuestion era saber para quien seria la cosa legada. Respecto del último se habia establecido que siempre fuera para el fisco. En cuanto á los otros, siendo la nulidad del legado la desaparicion de un gravámen que pesaba sobre el heredero, claro es que entre todos ellos, debia ser siempre para él la cosa legada; sin embargo este principio fué limitado por el derecho de acrecer que se habia establecido entre los legatarios conjuntos y por las disposiciones caducarias de la ley Papia Poppea.

Se llaman colegatarios, aquellos á quienes se ha legado la misma cosa en un mismo testamento. Esto puede verificarse de dos maneras: ya conjuntamente (*conjunctim*), ya disjuntamente (*disjunctim*). Tanto en uno como en otro caso, se dice tambien que los legatarios son conjuntos y que el legado ha sido hecho conjuntamente. La conjuncion es *re tantum* ó *et verbis, ó verbis tantum*.

Cuando estaban vijentes aquellas cuatro maneras de legar, el derecho de acrecer dependia de la estricta interpretacion de la familia, por lo que casi siempre tenia lugar el acrecimiento.

La ley Papia Poppea derogó el derecho de acrecer; sin embargo sucedia que las cosas que se habian dejado por testamento pasaban en caso de caducidad, á otras personas, pero no como un acrecimiento, sino como una adquisicion nueva que se verificaba en virtud de la ley solamente. El orden en que se verificaba esta transmision de las cosas que caducaban fué: primero, á los legatarios conjuntos que tenian hijos; segundo, á los herederos que se hallaban en el mismo caso; tercero, á los legatarios, aunque no fueran conjuntos y cuarto, al fisco. Despues, Caracalla puso al fisco en lugar de todas estos órdenes. Estaban exceptuados de estas disposiciones caducarias, los ascendientes y descendientes del testador hasta el tercer grado.

Al abrogar las leyes caducarias, Justiniano arregló el derecho de acrecer del modo siguiente: era forzoso, pero sin carga alguna para los legatarios conjuntos *re* solamente; vo-

Intario, pero con las cargas para los conjuntos *re et verbis*. En la opinion de Ortolan, no hay acrecimiento entre los legatarios conjuntos por las palabras solamente.

Revocacion y traslacion de los legados.

Los legados podian ser nulos en su origen por haber faltado á algunas de las condiciones de su forma, de capacidad del legatario, ó de naturaleza de la cosa legada, indispensables para su validez, pero aun siendo válidos en su origen, podian anularse despues, por revocacion ó traslacion ó por otras causas.

La revocacion de los legados, cuando existian aquellas cuatro primeras fórmulas de legar, debia hacerse con palabras contrarias á las empleadas al hacer el legado; pero una vez abolidas esas fórmulas, la revocacion podia hacerse con cualesquiera palabras. La revocacion podia hacerse tácitamente, como destruyendo la cosa legada, ó de otro modo cualquiera: puede tambien inferirse de ciertas circunstancias, como la enemistad que ha sobrevenido entre el testador y el legatario. La traslacion de los legados puede hacerse cambiando la persona del legatario, el heredero á quien se habia gravado con el legado, la cosa legada, y el modo del legado. Pueden tambien anularse los legados, sin que intervenga de ningun modo el testador: eso sucede cuando el legatario muere ó se hace incapaz, ántes de haber adquirido el derecho al legado, y cuando parece la cosa legada. Tambien puede el legatario perder el legado, por disposicion de las leyes caducarias; y por haberse hecho indigno de tomarlo.

Ley Falcidia.

Se pensó en limitar el poder que los testadores tenian para disponer de sus bienes; á fin de evitar que sus testamentos quedasen destituidos y con este objeto se dieron tres leyes.

La ley Furia prohibió que se hiciesen legados por valor de mas de mil ases, despues la ley Voconia prescribió que al heredero no se le pudiese dejar menos que al legatario, y como estas leyes fueron insuficientes para el objeto propuesto, se publicó, el año 714, la ley Falcidia por la que se aseguró en todo caso al heredero, la cuarta parté de la herencia. El interés del fisco contribuyó tambien á la dacion de esta ley, pues con ella, se aseguraron los gravámenes que se habian impuesto en las sucesiones testamentarias.

En su origen esta ley, solo se referia á los legados pero despues se hizo estensiva por el senado—consulta Pegasiano á los fideicomisos testamentarios y sucesivamente por diferentes disposiciones, á los fideicomisos *ab intestato*, á las donaciones *mortis causa* y á las donaciones entre los esposos. De esta ley, se derivó la teoría de la *porcion legitima* como ya lo indicamos.

El derecho de deducir la cuarta Falcidia corresponde solo á los herederos testamentarios y *ab intestato* y no á los legatarios y fideicomisarios y en caso de que se reunan en un solo heredero dos ó mas porciones hereditarias, para deducir la cuarta se atiende solamente á los intereses de dicho heredero.

Para deducir la cuarta, se considera la herencia en el momento de la muerte del que la deja deducidas las deudas, los gastos del funeral y el valor de los esclavos manumitidos. Los legatarios no aprovechan ni se perjudican con los aumentos ó disminuciones que esperimente despues la herencia.

Herencias fideicomisarias.

Los fideicomisos son materia conexas con las herencias y con los legados, por eso nos vamos á ocupar de ellos. La voluntad del que disponia de sus bienes para despues de su muerte, tenia algunas restricciones que ya conocemos respecto del modo de las disposiciones y de las personas en cuyo beneficio queria hacerlas.

El deseo de eludir esas restricciones en beneficio de aquellos á quienes no se podia dejar nada en testamento y el de favorecer á los que no eran los herederos legales cuando no se habia testado, es lo que dió origen á los fideicomisos. El testador ó el que estaba para morir y no habia hecho testamento, encomendaba á su heredero testamentario ó *ab intestato*, de palabra ó por escrito y sin ninguna restriccion de fórmulas, que diese algo de sus bienes á tal persona. Esta disposicion se llama *fideicomiso*: cuando en el fideicomiso se dispone de una parte alcuota de la herencia, toma el nombre de herencia fideicomisaria y el de fideicomiso singular, cuando solo se dispone de un objeto particular. El fideicomiso, segun lo indicado, puede ser tambien hecho cuando hay testamento ó cuando no lo hay. Antonino Pio hizo estensivas á los fideicomisos *ab intestato*, todas las disposiciones que vamos á indicar y que, al principio, solo se refirieron á los fideicomisos testamentarios.

Los fideicomisos encamendados únicamente á la buena fé del heredero, no eran obligatorios en derecho, por mas que él como era costumbre, asegurara que cumpliria el encargo que se le habia hecho con los juramentos mas sagrados para los Romanos. En tiempo de Augusto, comenzaron á hacerse efectivos los fideicomisos. Este emperador intervino primero en favor de algunos, y como su conducta fué popular porque entre los hombres próbos era comun la creencia de que los fideicomisos debian cumplirse, invistió despues á los pretores de una jurisdiccion extraordinaria para que los hicieran cumplir todos: mas tarde, se hizo de esto una atribucion ordinaria de los pretores y últimamente se concluyó por nombrar un pretor, que se llamó fideicomisario con el esclusivo objeto de que hiciese efectivos todos los fideicomisos.

Pero aun cuando el heredero fiduciario restituyese toda ó la mayor parte de la herencia al heredero fideicomisario, no por eso quedaba ménos con el carácter de heredero, obligando el solo á todas las cargas de la herencia y el único con derecho para perseguir todos los créditos de ella, tan cierto es que la institucion de heredero se referia mas á la representacion de la persona difunta, que á la disposicion de sus bienes. En este estado para compartir los créditos activos y pasivos de la herencia entre ambas herederos ó bien para pasarlos todos al heredero fideicomisario, acostumbraban celebrar al tiempo de mancipar la herencia con el objeto de restituirla, las estipulaciones llamadas de herencia comprada y vendida.

En tiempo de Neron, se dió el senado consulto Trebeiano que puso al heredero fideicomisario en clase de verdadero heredero, adjudicándole el todo ó el tanto de los créditos activos y pasivos de la herencia. Para hacer efectiva esta disposicion, el pretor estableció, en pró y en contra del fideicomisario, acciones útiles.

Mas tarde, cuando se comprendió que el heredero fiduciario podia no querer admitir la herencia que habia de restituir al fideicomisario y con esto hacer que el testamento quedase destituido, se publicó el senado consulto Pegasiano, que para semejante caso autorizaba á dicho heredero á que retuviese para sí la cuarta parte de la herencia y restituyese el resto al fideicomisario, sin librarle de las cargas, ni privarle de los derechos de verdadero heredero y sin establecer la division de créditos activos y pasivos, que habia introducido el senado consulto Trebeliano. De suerte que el fideicomisario quedaba

segun el senado consulto Pegasiano, en clase de legatario parcial, con quien el heredero podia celebrar las estipulaciones *partis et pro parte*; para conseguir la division de los créditos hereditarios tanto activos como pasivos.

Cada uno de estos senados consultos tenia su aplicacion particular: el Trebeliano se referia al caso en que al heredero fiduciario se le dejase mas de la cuarta parte de la herencia y solo tuviese que restituir lo demas, el segundo se aplicaba en el caso de que á dicho heredero no se le hubiese dejado nada ó ménos de la cuarta parte. Pero podia suceder que aunque fuere llegado el caso de este senado consulto, el heredero no quisiera deducir para si la cuarta á que tenia derecho, ó bien no quisiera admitir la herencia: si lo primero, hecha la restitucion de toda la herencia, el heredero no quedaba obligado á nada y se eximia de las demandas que se le podian dirigir con la excepcion de herencia comprada y vendida; si lo segundo, el senado consulto Pegasiano habia dispuesto que se obligase á admitir la herencia y á restituirla quedando libre de todo gravámen. Justiniano refundió estos dos senados consultos en uno solo, atribuyendo las disposiciones de ámbos al senado consulto Trebeliano: segun su determinacion, el heredero fiduciario percibiria siempre cuando ménos la cuarta parte de la herencia, y los créditos hereditarios se dividian entre ambas en proporcion á sus partes hereditarias.

En el caso de que el heredero no quiera retener su cuarta ó se le obligue á admitir y á restituir, no quedará obligado á nada, asi como tambien cuando el testador le haya dejado un objeto determinado, aunque su valor sea mayor que la cuarta parte de la herencia.

Fideicomisos singulares.

Son aquellos en que se deja una cosa singular. Se puede gravar con ellos á todos los que reciben algo de la herencia; pero no en mas de lo que reciben, á no ser que lo que se les encarga en fideicomiso les pertenezca de antemano.

Se puede dejar en fideicomiso todo, aun las cosas ajenas quedando en este caso el heredero obligado á comprar ó á pagar su valor; si lo que se deja en fideicomiso es la libertad de un esclavo ajeno, el heredero deberá comprarlo y manumitirlo, y cuando el dueño no quiera venderlo, el fideicomiso queda en suspenso hasta que desaparezca ese inconveniente. Respecto de la libertad dejada en legado ó en fideicomiso, sub-

siste una diferencia, á pesar de la fusion que hizo Justiniano de los legados y fideicomisos.

Codicilos.

Los codicilos fueron introducidos por la necesidad: en efecto, despues de hecho el testamento, no podia tomar el testador una nueva disposicion respecto de sus bienes, sin hacer otro testamento; tampoco el que no habia querido nombrar un heredero testamentario, podia disponer de una parte de sus bienes por pequeña que fuese: los codicilos salvaron estas dificultades. Los codicilos eran documentos privados, sin solemnidad alguna, en que el testador ó el que moria intestado, encargaba alguna disposicion á su heredero testamentario ó abintestado; segun esto, los codicilos están íntimamente relacionados con los fideicomisos: estos son la voluntad misma y aquellos el documento que la contiene.

Los codicilos tuvieron fuerza legal desde Augusto, quien lo estableció por consejo de Trebacio. Puede haber, segun lo dicho, codicilos cuando hay testamentos, lo mismo que cuando no lo hay. Los hechos en el primer caso, pueden estar ó no confirmados en el testamento. Respecto de los no confirmados, al principio valian, solo como fideicomisos, siempre que no hubiesen razones para creer que el testador habia cambiado de voluntad; mas despues, con la fusion que hizo Justiniano de los legados y los fideicomisos, todos valian igualmente. Todos los codicilos testamentarios se consideran como parte integrante del testamento, cuya suerte corren siempre.

En los codicilos se puede tomar todo género de disposiciones, como no sean la institucion de heredero, ni nada que lo afecte como la desheredacion y sustitucion. Al principio, los codicilos no estaban sometidos á requisito ninguno; pero desde Constantino se comenzó á establecer, y Justiniano decidió que todas las disposiciones de última voluntad, que no fuesen testamento, debian hacerse en presencia de cinco testigos. Esto se exijia como prueba, y ya vemos que esta prueba podia ser suplida en último caso, por el juramento del heredero.

Se estableció que si el testamento hecho no podia valer como tal, valiese si era posible, como codicilo; siempre que el testador lo hubiese querido así, espresando su voluntad en una cláusula que los tratadistas han llamado cláusula codicilar.

LIBRO 3.º

De la sucesion ab intestato y de las obligaciones.

La herencia *ab intestato* no tenia lugar, sino cuando no habia herencia testamentaria, y se abria desde el momento en que habia certeza de no haber herencia testamentaria; por consiguiente, en este momento se abria y no en el de la muerte del difunto. Para determinar quienes son los llamados á esta herencia, es preciso tener en cuenta la existencia, capacidad, cualidad y grado. Por regla general, para que puedan ser llamados, es preciso que hayan nacido ó sido al ménos concebidos, en vida del difunto.

Se muere intestado de hecho ó de derecho: de hecho, por no haber dejado testamento; de derecho, ya por ser nulo por su irregularidad ó inoficiosidad, ya por incapacidad ó abandono de los herederos instituidos, ya porque se haya invalidado ó roto.

La ley de las XII Tablas estableció dos órdenes de herederos: 1º los herederos suyos; 2º los agnados. En ciertos casos y para ciertas personas, habia á veces otro tercer órden, cual era el de los gentiles.

Herederos suyos.

Segun la ley de las XII Tablas, son herederos suyos *ab intestato*: los que estaban sin persona intermedia, bajo la potestad del difunto y en el momento de su muerte, por consiguiente, los emancipados, los hijos dados en adopcion y los descendientes por hembras no eran herederos suyos. Pero segun el derecho pretoriano, fueron llamados en el número de herederos suyos á los hijos emancipados y los dados en adopcion, en el caso de que hubiesen sido segregados de la familia adoptiva en vida de su padre natural.

Por una constitucion de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, se consideró tambien en el número de los herederos suyos á los descendientes de las hijas que hubiesen muerto ántes de la apertura de la sucesion *ab intestato* en el sentido de que se presentasen á tomar la parte que ella hubiera tomado, salvo una disminucion de un tercio, si existian otros herederos suyos, y de solo un cuarto, si solo existian agnados.

Justiniano confirmó el derecho pretoriano, respecto de los hijos emancipados y respecto de los hijos dados en adopcion, estableció que esta no hacia perder los derechos de sucesion en la familia natural, salvo el caso en que fuese hecha por un ascendiente; respecto de los descendientes por hijas, confirmó el derecho imperial, en el sentido de que no tendrán mas que las dos terceras partes de la porcion que su madre hubiera tomado, si concurrían con otros herederos suyos, mas si solo con agnados, les concedió la totalidad de la herencia. En el orden de los herederos suyos, la particion se hace, no por cabezas sino por estirpes. Los herederos suyos propiamente dichos, se hacen herederos de pleno derecho, sin saberlo y aun contra su voluntad. Pero esto no se aplica á aquellos que sin ser herederos suyos, son llamados con ellos, ya por el pretor, ya por las constituciones.

Agnados.

El orden de los agnados viene despues del de los herederos suyos. Este orden segun la ley de las XII Tablas comprende á los que son miembros de la familia, hembras y varones; pero no se cuentan entre ellos, los emancipados, los dados en adopcion, ni los descendientes de las hijas, porque están fuera de ella. Una Jurisprudencia media, declaró incapaces á las mugeres, sin exceptuar mas que á las hermanas consanguíneas; sus agnados las heredaban, pero ellas no les sucedían.

El pretor no llamó á ningun pariente en este orden de los agnados: el Derecho Civil subsistía en todo rigor. Una constitucion de Anastacio, llamó únicamente á las hermanas y hermanos emancipados, para que con los agnados concurren, aunque sufriendo disminucion en su parte.

Justiniano, respecto de las mugeres, derogó la Jurisprudencia media y restableciendo lo determinado en las XII Tablas, las llamó á suceder con los agnados, respecto de los emancipados, confirmó desde luego la constitucion de Anastacio, en favor de las hermanas y de los hermanos emancipa-

dos, y despues los llamó á suceder sin disminucion y tambien á sus hijos; por lo que hace á los parientes dados en adopcion, sabemos que esta no hace perder los derechos de familia; en fin en cuanto á los parientes por parte de hembra llamó á la sucesion fraternal, como si fuesen agnados, á los hermanos y hermanas uterinos y á sus hijos.

Los agnados vienen por el orden de sus grados: los mas próximos escluyen á los mas remotos. La particion se hace por cabezas y no por stirpe. Para los herederos suyos, como para los agnados, no habia devolucion; si los llamados del primer grado renunciaban, (cuando éra posible) la herencia no pasaba al grado siguiente, todo el orden se destruia; pasaba la sucesion al otro. Justiniano determinó lo contrario, y la herencia no pasaba á otro orden, hasta que el primero se concluyese.

Segun la ley de las XII Tablas, en las sucesiones lejimas, los ascendientes no tenian cabida nunca. Porque respecto á los ascendientes por parte de padre, ó los hijos estaban bajo su potestad y no tenian herencia porque eran hijos de familia, ó habian salido de la pátria potestad y entonces ningun parentesco civil tenian con ellos. Respecto de los ascendientes por parte de madre, existia siempre la razon ántes enunciada.

Despues, con la introduccion de los peculios, el hijo de familia podia testar sobre sus bienes castrenses ó cuasi-castrenses. Pero esto no tenia aplicacion en la herencia *ab intestato*. Si moria sin haber hecho testamento, moria sin herencia; el padre recojia sus bienes por derecho de peculio. Las constituciones imperiales establecieron una sucesion excepcional, para los bienes que tenia el hijo ó la hija, provenientes por línea materna. Este era el orden de esta sucesion: primero, sus descendientes, hembras ó varones; segundo, sus hermanos y hermanas, ya uterinos, ya consanguíneos: tercero, su padre y demas ascendientes, segun su grado. Justiniano hizo estensivo este orden de suceder á los peculios castrense y cuasi castrense, aun en el caso de morir intestado. Estos peculios debian pasar primero, á los hijos del difunto: segundo, á sus hermanos y hermanas; y á falta de todos estos, al padre de familia, que los tomaba *jure communi*, es decir, por derecho de peculio.

En fin, si se trata de un hijo emancipado, el ascendiente tenia necesidad de hacer, cuando lo emancipaba, la reserva de fiducia, porque solo así venia á sucederle en calidad de

patroño y en el primer grado de los agnados. Segun Justiniano, la emancipacion se hacia siempre con reserva, y los derechos del emancipador, que daban en pié en la sucesion *ab intestato*, y su lugar era el marcado arriba: primero, los hijos del difunto, despues los hermanos y las hermanas y por último, el ascendiente.

De los ascendientes maternos, solamente la madre y no la abuela, sucedia á sus hijos legítimos, naturales ó espúreos, en virtud del senado consulto Tertuliano, dado en tiempo de Adriano. Este derecho no tenia la madre segun este senado consulto sino en el caso de que tuviese tres hijos, si era ingénuo ó cuatro si era liberto. Justiniano le concedió, aun en el caso de que no tuviese mas que un hijo. Tambien modificó el órden para suceder. La madre venia despues de los hijos del difunto ó de la difunta, en concurso con los hermanos y hermanas, representando una parte viril, pero sino hay mas que hermanas, toma la mitad de la herencia, y las hermanas se reparten la otra mitad.

Recíprocamente, los hijos legítimos naturales ó espúreos, suceden á su madre, en virtud del senado consulto Orfitiano, dado en tiempo de Marco Aurelio, y que se aplicaba solo á la madre; pero despues se hizo estensivo á la abuela. Vienen en primer lugar á suceder *ab intestato*, en vez de los herederos suyos, puesto que las mugeres no podian tenerlos nunca.

Gentilidad.

A mas de los parentescos de cognacion y de agnacion, desde los primeros tiempos, se reconoció otro entre los Romanos: el parentesco civil de la gentilidad.

Son gentiles, segun Ciceron, los que llevan el mismo nombre, que son de origen ingénuo, cuyos ascendientes, no han sido nunca esclavos, ni han sufrido *capitis minucio*. La gentilidad es pues la nobleza de la sangre, y la analogía que existe, entre esta palabra y las de *gentil-hombre* y *gentleman* de los idiomas modernos; hace evidente esa asercion.

Pero la gentilidad, no solo abraza á los miembros de una familia que descienden de un tronco comun, sino tambien á los miembros de las familias libertinas que por el hecho de la manumision deben su existencia civil á una familia patricia cuyo nombre han tomado. Tambien comprende la gentilidad, en tener lugar á los miembros de las familias plebeyas, que en su origen se pusieron bajo el patronato de una familia patricia.

Mas, los derechos que se fundan en la gentilidad no son recíprocos entre todos estos individuos sino únicamente entre los de la primera clase. Estos eran gentiles entre sí y de los plebeyos y de los libertinos pero los plebeyos y libertinos no lo eran de ellos.

Con el tiempo, aparecieron en Roma familias plebeyas que nunca habian estado bajo el patronato de una familia patricia: este es el origen de las nuevas gentes, de las gentes plebeyas.

El aumento de la poblacion y la mezola entre todas las razas, habia hecho perder en tiempo de Ciceron, la filiacion de muchas familias; por esto en esa época, la gentilidad solo existia para ciertas familias, que por su elevada posicion, habian podido conservarla. Mas tarde, desapareció completamente en todas las familias.

Cognados.

Despues de los herederos suyos y de los agnados, el pretor llamó un tercer órden, el de los cognados; en este se comprendian todos los parientes y no se atendia al vínculo civil de la familia, sino á la cognacion y á la proximidad del grado.

Estos grados se cuentan por línea recta ó colateral. Los agnados son llamados á suceder hasta el infinito; pero los cognados, hasta el sexto grado, y del sétimo, los hijos de los sobrinos segundos. Es necesario tener presente que los cognados, como llamados por el pretor, no son herederos propiamente dichos, sino poseedores de bienes.

Sucesion de los libertos.

La sucesion de los libertos estaba arreglada de diversa manera que la de los ingénuos. Segun la ley de las XII Tablas tenian por herederos en primer lugar, á los herederos suyos y en segundo, en el puesto de los agnados, al patrono y sus hijos. Por testamento, podian privar de la herencia á unos y otros.

Pero el pretor dió al patrono, cuando llegaba su órden, un derecho por el que sucedia en la mitad de sus bienes al liberto, y del que no podia ser privado, ni por la adopcion de un hijo, ni por las tablas del testamento. Despues, la ley Papia Poppea llamó al patrono para que concurriese con los herederos suyos del liberto, representando un parte viril, en el caso de que el difunto hubiese tenido mas de cien mil sestercios y mas de dos hijos.

Justiniano restableció, respecto de la sucesion *ab intestato*,

la ley de las XII Tablas, y el patronato no venia á suceder sino, á falta de los herederos suyos ó de sus hijos tenidos por tales.

Respecto de la sucesion testamentaria, si el liberto tenia ménos de cien aureos, podia disponer libremente de sus bienes y no dejar nada á su patrono; pero si tenia mas, al patrono se le debia irrevocablemente un tercio. Justiniano, ademas arregló el órden de suceder de los libertos, casi de igual manera que el de los ingénuos: primero, los herederos suyos ó las personas tenidas por tales; segundo, ocupando el puesto de los agnados, el patrono y sus descendientes; tercero, en vez de los cognados, los del patrono por línea oblícua hasta el quinto grado.

El patrono, segun lo dispuesto en un senado-consulta dado en tiempo de Claudio, podia asignar su liberto á uno de sus hijos ó á varios de los que estaban bajo su potestad; entónces el derecho de suceder á los bienes del liberto, pertenecia esclusivamente á los hijos que lo habian recibido y á su descendencia.

Posecion de bienes.

El derecho de posesion de bienes es una especie de derecho hereditario, introducido por el pretor para enmendar, corregir y suplir el Derecho Civil. Los herederos por Derecho Civil, son llamados con frecuencia por el pretor, para darles la posesion de bienes, y tenian la ventaja de que podian usar del *interdicto*, que este derecho pretorio concede para la posesion de los bienes hereditarios. Los que únicamente son poseedores de bienes por derecho pretorio, nada tienen de herederos, hablando con propiedad; pero con diversos nombres gozan de iguales ventajas.

Las posesiones de bienes como las herencias son testamentarias ó *ab intestato*. Hay dos posesiones testamentarias: la primera *contra tabulas*, para obtener la posesion de los bienes hereditarios contra lo dispuesto en el testamento; la segunda, *secundum tabulas*, para obtener la posesion, con arreglo á la voluntad del testador.

Las posesiones de bienes *ab intestato*, que no tienen lugar, sino cuando faltan las testamentarias son: para la herencia de los ingénuos, las siguientes 1ª *Unde liberi*, para los hijos; 2ª *Unde legitimi*, para todos los que una ley, un senado-consulta, una constitucion ó cualquiera otra disposicion legítima, llama á suceder legítimamente; 3ª *Unde cognati*, para los cognados; *Unde vir et uxor*, para el esposo y la esposa. Los

herederos suyos si han dejado pasar su posesion de bienes *unde liberi*, pueden venir por la de *unde legitimi* y á falta de esta, por la de *unde cognati*; lo mismo puede decirse de los agnados y de los demas herederos legitimos.

En la sucesion de los libertos, ademas de la *unde liberi* para sus descendientes y la de *unde legitimi* para el patrono y sus hijos, habia las siguientes: *unde decem persona*, para llamar en el caso especial de que un ingénuo emancipado por la mancipacion de un estraño, hubiese sido despues manumitido, á diez personas cognados suyos con preferencia al estraño, que segun derecho estricto tenia los derechos hereditarios del testador; *Jum quem ex familia*, para el miembro mas próximo de la familia civil del patrono; *Unde liberi patrone patronaque et parentes eorum*, para los hijos del patrono ó de la patrona, sin distinguir si estaban bajo su potestad y para sus ascendientes; *Unde cognati manumissoris*, para los cognados del patrono. Esto no impedia que el patrono ó sus hijos faltándoles la posesion *unde legitime*, viniesen por la de *tum quem ex familia* ó por la de *unde liberi patroni patronaque et parentes eorum*, y en fin, por la cuarta *unde cognati manumissoris*. Justiniano suprimió todas estas posesiones de bienes, relativas á la sucesion de los libertos, estas sucesiones se arreglaron como la de los ingénuos y quedaron reducidas á las cuatro, arriba mencionadas.

En fin, la posesion de bienes *rei ex legibus senatus ve consultis*, se daba á los que por una disposicion legislativa la tenian concedida. La posesion de bienes, debia aceptarse en un plazo determinado, que era de un año; para los ascendientes y descendientes; y de cien dias, para los demas. Espirando éste plazo, pasa al grado siguiente la posesion ó al otro órden. Mas cuando se renuncia, no debe esperarse termine el plazo, sino que los otros son llamados inmediatamente.

En otro tiempo, habia que pedir la posesion formalmente á un magistrado del pueblo romano: en la época de Justiniano, no habia necesidad de tal comparecimiento, bastaba manifestar de cualquier manera la intencion de aceptar, dentro del término señalado.

La posesion de bienes se daba con la cosa (*cum re*) cuando el que la recibia, tomaba el patrimonio, ó sin ella (*sine re*) cuando otra persona, segun el Derecho Civil, podia reivindicar la herencia, en este caso es nominal é ilusoria. Hay algunas posesiones excepcionales, como la posesion *ventris nomini* y la del edicto carboniano.

Colacion, Derecho de acrecer entre los coherederos, Trasmision de la herencia, Indignidad.

Los descendientes en ciertos casos al venir á suceder á sus ascendientes, tienen que traer á colacion los bienes que hayan recibido. Esto se llama colacion, *collatio bonorum*. Este principio fué introducido por los pretores y ensanchado por las constituciones imperiales y por Justiniano. Si falta uno de los herederos, su parte acrece á sus coherederos: esto se llama derecho de acrecer, que se verifica por virtud de la ley, sin ciencia, ni voluntad de los coherederos, ya en las sucesiones testamentarias ó *ab intestato*, ya en las posesiones de bienes. Por regla general no trasmiten sus derechos á los herederos, aquellos sucesores testamentarios ó los poseedores de bienes que mueren sin aceptar la herencia. Sin embargo, algunas constituciones imperiales introdujeron esta trasmision y sobre todo, las de Justiniano, pero en el caso de que el heredero haya muerto ántes del año y ántes de que el plazo para deliberar haya espirado.

En ciertos casos, los legados, los fideicomisos y la herencia, se pierden por indignidad. Estos bienes generalmente van al fisco: hay ocasiones tambien, en que el patrimonio hereditario pasa al grado siguiente.

Acciones relativas á las herencias ab intestato y á las posesiones de bienes.

La peticion de la herencia (*hereditatis petitio*) y la particion (*familix erciscundæ*) se aplicaban á las sucesiones *ab intestato* como á las testamentarias. Las posesiones de bienes, producian tambien dos acciones útiles, y ademas un interdicho especial, *quorum bonorum* para obtener inmediatamente la posesion de las cosas de la herencia que posee cualquiera, como heredero ó como poseedor.

Sucesiones universales ademas de la herencia.

Se podia suceder á una persona universalmente, sin heredarle y á veces en vida. Estas sucesiones fueron restringidas muchísimo por Justiniano ó completamente derogadas.

De este número eran: primero, la adquisicion por adrogación.

cion ó para mas generalizar la adquisicion universal, que tenia lugar cuando un padre de familia recibia bajo su patria potestad ó marital á una persona *sui juris* y con ella, adquiria todos los bienes que le pertenecian, esceptuando solo los perdidos por el cámbio de estado. En tiempo de Justiniano, esto no podia tener lugar, sino en caso de adrogacion y por las constituciones de este emperador, el adrogante adquiere el *usufructo*, no la propiedad de los bienes del adrogado; segundo, Marco Aurelio introdujo una adiccion, para sostener las manumisiones hechas en testamento, para el caso particular de que la herencia fuese renunciada por los herederos instituidos. En este caso, uno ó varios de los que debian por el testamento recibir la libertad, tomaban para si la herencia, sabiendo responsables de todas las deudas y obligaciones de que se encontrase cargada, y de esta manera sostenian su propia libertad y la de todos los co-manumieos. Los efectos de esta adiccion, se hicieron despues estensivos por gracia, á las herencias *ab intestato*; tercero, la *bonorum emptio* que se verificaba cuando estaban en uso los procedimientos ordinarios y los acreedores vendian en masa y universalmente los bienes y derechos de un deudor; lo que constituia en favor del comprador, una sucesion universal pretoria; esta venta de una universalidad, cayó en desuso, cuando desaparecieron los juicios ordinarios; no quedando mas que la venta en particular de los bienes del deudor; cuarto, la sucesion del senado consulto Claudiano, cuando una muger ingénuo por unirse á un esclavo y por perseverar en ello, á pesar de la oposicion del dueño, pasaba al dominio de este, con todos sus bienes. Justiniano derogó estas disposiciones.

Sucesion ab intestato segun la novela CXVIII.

El fundamento de todos los derechos de familia era segun lo dejamos establecido, el vínculo civil de la agnacion; así, hemos visto, que él era en el derecho antiguo, la base de los derechos que daban lugar á suceder *ab intestato*; mas Justiniano por medio de la novela CXVIII, varió completamente esta base, sustituyéndola con el parentesco natural ó de consanguinidad. En virtud de esto, estableció el orden de sucesion *ab intestato* del modo siguiente: 1º los descendientes, sin hacer diferencia entre herederos suyos y emancipados; 2º los ascendientes; 3º los colaterales, entrando á suceder en estos dos casos agnados y cognados sin diferencia alguna, á no ser las de línea ó grado; 4º los cónyuges; 5º y último, el fisco, al

que desde la antigüedad se consideraba como padre de los bienes que quedaban vacantes. Algunos juriconsultos y entre ellos Grocio, han querido interpretar la razon que Justiniano tendria, para hacer la variacion antedicha y han creido encontrarla en el amor; pero esto no pasa de una mera opinion.

Sucesion de los descendientes.

En primer lugar, suceden con exclusion de todos los descendientes, á saber: los legitimamente nacidos, los legitimados, los adoptivos y los ilegítimos.

Todos los hijos legítimos, varones ó hembras, suyos ó emancipados, son llamados por la ley á la sucesion de cualesquiera ascendientes, hasta el grado mas remoto, con tal que no haya quien los prefiera. Aunque sucedan los descendientes de cualquier grado, hay sin embargo diferencia con respecto á las partes. Los hijos de primer grado, suceden por cabezas; los de ulterior grado por estirpes, es decir, por derecho de representacion, aunque sean los únicos descendientes que sobrevivan y no concurran hijos de primer grado.

Si hay hijos de distintos matrimonios, todos suceden igualmente al padre comun; mas al propio solo le heredan los hijos respectivos dejando, salvo á los hijos del primer matrimonio, lo que el padre adquirió por derecho de usufructo. Los legítimos por subsiguiente matrimonio, suceden con el mismo derecho que los legítimos. Los legitimados por rescripto del príncipe y que lo han sido con el objeto de heredar, solamente se admiten, cuando no hay otros hijos; pues de otra suerte, casi nunca se legitiman; pero si la legitimacion se hiciese, despues que ya el padre tiene hijos legítimos, entónces es justo que á estos se conserve salva su legítima. Los adoptivos de cualquier género, suceden al padre *ab intestato*, con el mismo derecho que los naturales. Los ilegítimos suceden indistintamente á la madre, junto con los legítimos, á no ser que la madre sea ilustre, y el hijo espúreo; pues entonces es excluido por el legítimo.

Quando no hay muger ni hijos legítimos, los naturales entran en la herencia paterna, pero solo en la sexta parte, la cual han de dividir con la madre. Los adulterinos ó incestuosos, se consideran indignos de tomar aun los alimentos, lo que parece, que se entiende de los alimentos que se sacan de los bienes del difunto, mas no los que manda dar el juez en vida del padre.

Sucesion de los ascendientes.

Los ascendientes vienen á suceder en la herencia á falta de descendientes. Por regla general, el mas próximo excluye al mas remoto, sin distincion de líneas; así los padres excluyen á los abuelos, bisabuelos &c.: no se atiende pues mas que al grado de parentesco. Concurren con los ascendientes de todo grado, los hermanos carnales, si el difunto los tenia y con ellos sus hijos; pero entonces heredan por cabezas; si algunos de estos hermanos ha muerto dejando hijos, heredan con los tios y en concurrencia con los demas ascendientes, con la diferencia de hacerlo por derecho de representacion, es decir, por estirpes. Mas, cuando no existen hermanos carnales y si descendientes de estos, solo heredan los ascendientes.

Los padres (no las madres) suceden á los adrogados, con tal que mueran en la pubertad. Lo mismo acontece en los adoptados plenamente, á quienes suceden el padre adoptivo y el natural juntamente; mas de ninguna en los adoptados imperfectamente, pues estos no están bajo la potestad de los adoptantes.

Como los derechos de sucesion son comunmente recíprocos, solo la madre sucede á los hijos ilegítimos; mas se exceptúan los adúlteros é incestuosos.

Sucesion de los colaterales.

A falta de ascendientes, entran los colaterales, sucediendo en primer lugar, los hermanos carnales y los hijos de estos, pues como nacen de la misma sangre y del mismo tronco, excluyen no solo á los unilaterales, sino á todos los demas. Cuando los hermanos carnales concurren solos, suceden por cabezas; pero si entran junto con los hijos de otros hermanos carnales, estos heredan por estirpes, y aquellos por cabezas. Si solamente existen los hijos de los hermanos carnales, entonces son admitidos por cabezas, esto es, por derecho propio.

Por la misma razon faltando estos, suceden los hermanos y hermanas unilaterales del difunto, y solo heredan por cabezas, sin diferencia de bienes paternos ó maternos. A falta de estos, heredan los parientes mas cercanos, sean agnados ó cognados, varones ó hembras; pero el mas próximo, excluye al mas remoto v. g. el tio á los primos. Los que se hallan en un mismo grado, suceden juntos por cabezas, y el doble vínculo no dá preferencia, pasando de los hijos; de los hermanos.

También son admitidos los colaterales legitimados, y los incorporados en la familia por adrogacion ó adopcion plena. Estos, solamente suceden á los agnados como consanguíneos y no á los cognados; mientras que los ilegítimos, solamente heredan á los cognados.

Sucesion de los cónyuges.—A falta de todos los consanguíneos, el cónyuge que sobrevivía, era llamado antiguamente á la sucesion por el edicto. Mas por derecho nuevo, el cónyuge pobre sobreviviente, hereda al rico, aun en consorcio de los descendientes ascendientes y colaterales; y si hay mas de tres herederos, sucede en la parte viril, y si ménos, en la cuarta. Cuando el consorte concurre con los hijos, toma su parte por derecho de *usufructo*; y cuando con los estraños, por derecho de propiedad. Este derecho tiene también lugar, aunque el consorte muera testado.

Sucesion del fisco.—Finalmente, sino hay ningun sucesor legítimo, el fisco ocupa los bienes reconocidos vacantes; dentro de cuatro años, con exclusion de los afines, tutores y curadores. Sin embargo, se prefieren al fisco, los cónyuges, los socios, en la cosa donada por el príncipe; la iglesia, en los bienes del clero, las bandetas, en los bienes del militar, los colegios y las corporaciones, en los bienes del colegial ó miembro de la corporacion.

De las obligaciones.

Nos hemos ocupado ya del derecho real y de los modos de adquirir: ocupémonos ahora del derecho personal.

En la materia de las obligaciones, como en todas las demás, fué desarrollándose sucesivamente el Derecho Romano.

De estricto y simbólico como era al principio, se convirtió con el tiempo, en natural y filosófico. La palabra *nexum* fué la que, al principio, expresaba la idea de obligacion, materializando hasta cierto punto, la relacion jurídica, el vínculo, en que consiste la obligacion: la palabra *obligatio*, se introdujo mucho despues. Las dos personas que figuran en toda obligacion, fueron conocidas en las XII Tablas, con el nombre de *rei*, palabra que se aplica mas especialmente al deudor [*reus*]: mas tarde, aparecieron las de *creditor* y *debitor*. Toda obligacion se refiere en último resultado, á una cosa que se trata de suministrar, tomando esta palabra cosa, en el sentido jurídico mas amplio que tiene; pero si nos fijamos en que primero se presenta á nuestra mente la idea de persona obligada, que la de la cosa que se nos debe, comprenderemos la

verdad de Paulo, al decir que la obligacion no nos dá derecho directamente sobre una cosa, [derecho real] sino derecho sobre nuestro deudor, para compelerlo á que nos dé, haga ó preste alguna cosa. [*dare, facere, prestare*: cada una de estas palabras, tiene un sentido propio).

Las obligaciones se dividen segun el Derecho Romano, en *civiles, pretorianas ú honorarias y naturales*. Esta division, manifiesta el origen de las diversas obligaciones, el efecto que producian así, como el desarrollo del Derecho Romano sobre esta materia. Como el reconocimiento de una obligacion por la autoridad, importa el reconocimiento del derecho de exigir que se eumpla esa obligacion, las obligaciones civiles, producen acciones civiles, las pretorias, acciones útiles ó bien pretorias y las naturales no dan ninguna accion, por cuanto no han sido reconocidas por la autoridad. El efecto que producen estas obligaciones, no es sino indirecto, porque solo sirven para motivar las excepciones, la compensacion y la novacion para rechazar la reclamacion de lo cumplido, en virtud de ellas, y fundan constantes acciones.

La causa, el origen de todo derecho y por consiguiente de toda obligacion, es, segun el derecho filosófico, la ley absoluta, que tambien se llama derecho, pero como siempre encontramos en la creacion de un derecho, una circunstancia cualquiera que es su causa eficiente, podemos decir que el origen de todo derecho y de toda obligacion es un hecho: consiste en el consentimiento recíproco de las partes ó bien, en un acto voluntario ó involuntario, justo ó injusto, que traiga por consecuencia próxima ó remota, una relacion jurídica, una obligacion. El derecho positivo, es cierto, no puede tener la misma amplitud que el filosófico; pero el Derecho Romano primitivo distaba mucho de él. Para este derecho nada importaba la justicia natural, la equidad de las obligaciones ó derechos; bastaba que hubiesen sido establecidas por la ley, y no se contraian las obligaciones, sino muy estrictamente por los modos indicados por la ley.

El primitivo modo de contraer las obligaciones fué el *nexum*, que se componia del rito de la mancipacion y de la nuncupacion ó sea pronunciacion solemne de las palabras que espresan la voluntad de los contratantes. Este es el origen particular de las obligaciones, que mas tarde se llamaron reales, porque se contraian por la tradicion ó entrega real de las cosas. Del *nexum* se derivan las obligaciones verbales y literales, contraidas las primeras, por la simple nuncupacion, y las segun-

das por la insercion de un negocio en el registro doméstico cuando se introdujo la costumbre de que los ciudadanos tuvieran esos registros.

Las obligaciones que se llaman consensuales fueron introducidas directamente por el Derecho Civil, que confirmando con el Derecho de Gentes, estableció que el simple acuerdo de dos ó mas personas fuese causa de obligacion, pero solo en los siguientes casos comunes de la vida: compra, venta, arrendamiento, sociedad y mandato. Esto explica por que el consentimiento, respecto de estos cuatro casos, es una causa de obligacion para los ciudadanos y para los extranjeros, al contrario de lo que sucedia en las otras maneras de obligarse.

La legislacion posterior admitió sucesivamente algunos casos en que habia obligacion, sin que hubiese sido contraida por uno de los cuatro modos ya indicados; pero siempre existió gran diferencia entre estas obligaciones y aquellas.

Todo lo dicho se refiere únicamente á las obligaciones formadas con acuerdo de las personas interesadas; mas la ley de las XII Tablas reconoció tres casos en que el hecho ilícito practicado por una sola parte producía obligacion, estos casos son: el robo (*furtum*), el daño (*damnum*) y la injuria [*iniuria*] llamados en las XII Tablas con los nombres genéricos de maleficio (*maleficium*), delito (*delictum*) y *noxa*. El derecho pretoriano reconoció despues otros hechos de esta naturaleza, como causantes de obligacion.

Son dos pues, las fuentes de obligaciones que hasta aquí llevamos examinadas: los contratos y los delitos, pero como mas tarde se establecieron otros hechos obligatorios que no pertenecian ni á la primera, ni á la segunda de estas fuentes, los jurisconsultos romanos los refirieron á ellos segun las analogias y decian que eran como figuras variadas de esas fuentes. Este es el origen de lo que los tratadistas llaman cuasi-contratos y cuasi-delitos.

Ademas de estas fuentes de obligaciones hay otra, la ley, de donde se derivan todas las que no provienen de las cuatro anteriores. Los jurisconsultos romanos deducian la mayor parte de estas obligaciones de los cuasi-contratos.

El consentimiento de dos ó mas personas se llama, de una manera general, convencion ó pacto. Entre las convenciones, aquellas cuyo efecto ha sido garantizado por la ley, en cuanto se ha formado con arreglo á ella, se llama contrato; las demás convenciones que al principio no tuvieron efecto legal direc-

to, nunca tuvieron otro nombre que el de pactos. Los pactos cuyo efecto obligatorio fué reconocido posteriormente, pueden dividirse, según el modo como han sido formados, en civiles y pretorios. Los contratos se dividen, según el modo como han sido formados, en verbales, consensuales y literales.

Como se contraen las obligaciones reales.

En el sentido mas lato, obligaciones reales son: las que resultan de un hecho por el cual una persona se ha enriquecido á costa de otra, ó le ha causado perjuicio culpablemente; pero ahora solo vamos á tratar de cuatro contratos, que merecen el nombre de reales, porque la obligacion que se les atribuye no puede venir sino de la entrega de las cosas: esta entrega debia hacerse al principio, con la solemnidad del *nexum*; mas tarde, bastó la simple tradicion.

Por el *mutuum* se dá una cosa con la obligacion de que, despues del tiempo convenido, se devuelva otra del mismo género, cantidad y cualidad. En este contrato, se considera á las cosas en su género, no en su especie: de aquí viene la division de las cosas en fungibles y no fungibles. El *mutuo* produce el efecto de que el que recibe las cosas, se haga dueño de ellas; pero solo quando el que dió era propietario y capaz de disponer de sus cosas.

La accion *condictio* por la que se exige el cumplimiento de este contrato, no es accion peculiar á él, sino comun á todos los casos en que hay obligacion de hacer ó prestar alguna cosa. Cuando se trata de cosas ciertas, la accion toma el nombre de *condictio certi*.

Al *mutuo* se refiere el senado consulto Macedoniano, de que hablaremos despues y la cuestion trascendental entre los Romanos de si se deben intereses. Diremos que si tal obligacion existe en un caso de *mutuo* dado, no nace del contrato mismo, sino de un pacto accesorio. Se puede deber intereses, no solo por los pactos accesorios, sino tambien, en algunos casos, por disposicion de la ley y en otros, por cláusulas testamentarias.

Por el *commodato*, se recibe una cosa, mueble ó inmueble para usarla, con la obligacion de devolverla despues del tiempo convenido. En este contrato, se consideran las cosas en su individualidad, en su especie: como produce la obligacion de devolver la cosa, impone el cargo de cuidarla mas que á otras cosas. Si la cosa perece, debe pagarla el comodatario, á no ser que perezca por un caso fortuito que él no pudo evi-

tar. Este contrato es por su naturaleza gratuito: no admite retribucion alguna sin cambiar de naturaleza, sin convertirse en otro contrato, lo cual es importante en Derecho Romano porque son distintas las reglas de uno y otro convenio. Esto no quita que el comodato pueda ser útil á ambos contratantes, en cuyo caso la obligacion del comodatario no es tan estensa, porque solo está obligado á cuidar la cosa como si fuera propia.

Por el *depósito*, se recibe una cosa tan solo para guardarla. El deponente conserva pues el dominio y la posesion de la cosa, y el depositario solo tiene la mera tenencia. Tambien es por naturaleza gratuita este contrato; por esto y porque la eleccion del depositario es enteramente libre de parte del deponente, aquel no está obligado á cuidar de la cosa depositada con mas cuidado que el que pone en las cosas propias, salvo que medie pacto en contrario.

Por el contrato de *prenda* (*pignus*), se dá una cosa mueble ó inmueble en garantia de una deuda; el que recibe la prenda no adquiere pues mas derechos que el de conservarla en su poder, mientras la deuda exista. Este derecho es garantizado por todas las acciones y todos los interdictos que se establecieron para mantener la posesion. Como la prenda se ha de restituir y como el contrato presta utilidad á las dos partes, el cuidado que se debe poner en la conservacion de la cosa, debe ser mayor que el que ponemos en las nuestras propias.

De estos tres últimos contratos nacen acciones directas y contrarias que llevan el nombre del contrato que las produce (*actio commodati*, *actio depositi*, *actio pigneratitia*).

El *mutuum* tiene una accion general y comun á otros muchos casos: la *condictio certi*.

De las obligaciones verbales.

La primera derivacion del *verbum* fué la obligacion contractada por la simple pronunciacion de las palabras solemnes. Habia tres especies de obligaciones verbales al principio: la *dati dictio*, que ya conocemos; la *JURATA PROMISSIO LIBERTI* ó promesa de las obras, hecha por el siervo ó su amo; y la *STIPULATIO ET PROMISSIO* ó estipulacion, manera de contraer obligacion sobre toda especie de cosas, y comun á todas las personas. Justiniano solo se ocupó de la estipulacion.

La estipulacion consiste en la pregunta y respuesta atordes, que sobre un objeto cualquiera se dirijen dos personas,

usando de las palabras solemnes establecidas en el derecho, con el propósito de contraer una relación jurídica. La palabra *estipulatio* se refiere propiamente á la pregunta; comprende por estension, todo el acto de preguntar y responder; la etimología de esta palabra no está bien establecida.

La *estipulatio* fué al principio esclusivamente propia de los ciudadanos romanos, mas no por esto perdió en lo demás, el carácter riguroso y estricto que tenia como institución de derecho primitivo. Nunca produjo mas que obligaciones unilaterales que se derivan esclusivamente de las palabras establecidas; por lo que para este negocio no era admisible la representación de un procurador, ni en sus resultados se tomaban para nada en cuenta el dolo, el error ó la violencia que hubiese habido en el acto de consentir. Semejante consecuencia contraria á los principios de la equidad fué elidida por el pretor.

Cuando la *estipulatio* era propia de los Romanos, las palabras sacramentales debían pronunciarse en latín; mas cuando los extranjeros pudieron estipular, tuvieron facultad para haberlo en cualquier idioma y por usar cualquiera palabras; el emperador León estableció que bastase la conformidad entre la pregunta y la respuesta.

La *estipulatio* puede ser pura y condicional; siendo pura, el derecho que de ella nace, se adquiere inmediatamente y desde luego se puede cobrar: el *dies cedit* y el *dies venit*; se han cumplido en el acto; no es así, si la *estipulatio* es condicional. La condicion puede ser un término puesto á la creación del derecho ó á su estension; si lo primero, siendo un término cierto, un tiempo dado, el derecho se adquiere desde luego, pero no se puede cobrar hasta que el plazo no se venza. Mas si es un término incierto, porque no se sabe la época en que ha de llegar, pero que llegará infaliblemente, también se adquiere el derecho en el acto, pero tampoco se puede cobrar hasta que el término se cumpla. Si la incertidumbre del término está en que puede ó no llegar, entónces el término es una verdadera condicion, y en las *estipulaciones* condicionales, ni el *dies cedit*, ni el *dies venit* llegan hasta que la condicion no se cumple. No obstante el derecho que nace de una *estipulacion* condicional, así condicional como es, pasa á los herederos y no se vincula, sobre la cabeza del que hizo la *estipulacion*, sino que pertenece al que, en el momento de ella, tenia derecho sobre esa cabeza.

El término y en general las condiciones impuestas á la es-

tificación del derecho creado por una estipulación, no lo estimaban rigurosamente, porque entre los medios civiles de extinguir los derechos, no se contaba el pacto que con este objeto se pudiera agregar á las estipulaciones. La equidad del pretor dió á estas convenciones el efecto que les negaba el Derecho Civil.

La acción que nace de la estipulación fué al principio la *condictio*, que como ya hemos dicho, era una acción genérica de estricto Derecho Civil y aplicable á todas las cosas en que se trataba del cumplimiento de una obligación de hacer ó dar alguna cosa cierta, es decir, determinada al menos en su género, cantidad y calidad. Despues, la *condictio* se hizo aplicable á las cosas inciertas, pero tomando un calificativo del nombre del contrato á que se refería.

De los coestipulantes y copromitentes.

En la estipulación podían intervenir por ámbas partes, una ó mas personas á la vez, formando así, bien un solo y único contrato, bien dos contratos, uno principal y otro accesorio. En el primer caso, los que adquirían el derecho, se llamaban *duo rei stipulandi* ó coestipulantes; y los que contraían la obligación, *duo rei promittendi* ó copromitentes y también *correi*. Cuando había dos contratos distintos, el estipulante que adquiría un derecho secundario, tomaba el nombre de abestipulador y el que se obligaba accesoriamente, se llamaba del promisor, esponsor, fideipromisor y fideyutor. En ámbos casos, cada uno de los obligados podía contraer su obligación bajo distintas condiciones que los otros, aunque todas ellas se refiriesen siempre á la misma cosa. Por ahora nos vamos á ocupar únicamente de los coestipulantes y copromitentes; despues trataremos de los esponsors y de los obligados secundariamente.

El derecho de los coestipulantes como quiera que se refiriese á una misma cosa, pagada que esta sea por el promitente á cualquiera de ellos, desaparece para todos, sin que el estipulante que recibe la cosa, esté por consecuencia de la estipulación, obligado á dividirla con los demas. Del mismo modo, siendo la obligación de los copromitentes una sola respecto de la cosa, estando obligados *in solidum*, cumplida que sea de cualquier modo por cualquiera de ellos, desaparece para los demas, sin que tampoco el que pagó tenga derecho, por consecuencia de la comun promesa, á exigir nada de sus copro-

mitentes, pero si esto sucede así, por cuanto se considera la obligacion respecto de la cosa, no se verifica lo mismo cuando se la considera respecto de la persona; porque entónces hay tantas obligaciones como personas obligadas, y lo qué bajo este aspecto afecta la obligacion de cualquiera de ellas, no puede afectar la de las demas.

En una época anterior á la de Justiniano, el hecho de demandar á cualquiera de los copromitentes, el cumplimiento de su obligacion, libraba á los demas.

De las estipulaciones de los siervos.—Los esclavos por el hecho de carecer de personalidad, no podian ni obligarse, ni obligar á los demas. Si estipulaban, no era sino revestidos de la personalidad de sus amos, quienes por consiguiente adquiririan para sí el resultado de esa estipulacion. Veremos mas tarde, cómo se reconoció cierta personalidad en los esclavos, haciéndolos capaces de obligaciones naturales, y como tambien el pretor designó algunos casos en que los amos quedaban obligados á consecuencia de algunos hechos de sus esclavos. Solo cuando el esclavo estipula un hecho, entra á gozar del resultado de su estipulacion; no así en los demas casos. Pero el esclavo se puede encontrar en muy distintas circunstancias que determinan para quien será el producto de la estipulacion.

Division de las estipulaciones.

Bajo los tres sistemas del procedimiento jurídico de los Romanos, sucedia que durante un litijio, los litigantes celebraban estipulaciones con la mira de asegurar, tanto la prosecucion del juicio, como la ejecucion de la sentencia que lo terminaba. Estipulaciones semejantes se celebraban fuera de todo juicio, cuando se temia que una persona resultase perjudicada por incurria ó descuido de otra.

Habria sido mas natural que las obligaciones que se contraian por esas estipulaciones á cuya celebracion obligaba la autoridad judicial, contrariando así la naturaleza general de los contratos, fuesen directamente declaradas por ella; pero á mas de que este poder no estaba comprendido en las atribuciones de los magistrados judiciales, podia presentarse el caso de dar una fianza, y sin duda alguna que ninguna autoridad puede imponer la obligacion de ser fiador á personas que no tienen la menor parte en la cuestion en que sea necesario dar satisfaccion; por eso se adoptaba el medio mas indirecto de compeler, por diferentes maneras, á la celebracion

de las estipulaciones, que daban por resultado la existencia civil de obligaciones que individual y directamente impone el Derecho Natural.

Las estipulaciones que podian celebrarse por un representante, cuando se pudo liigar por medio de otro, se dividian, segun Pomponio, en judiciales, pretorias, convencionales y comunes. Las primeras se derivan esclusivamente del oficio del juez y son entre otras, la de dolo y la de perseguir al siervo prófugo, ó pagar su valor. La de dolo que se dá por simple promesa, se refiere en general al caso en que tratándose de restituir una cosa, se quiere prevenir y crear un derecho contra el dolo, que pudiera haber empleado en la cosa el que la restituya, para perjudicar al que la recibe. La otra caucion se refiere á la época en que la usucapcion se cumplia aun durante el juicio, y tenia por objeto evitar este rigor del derecho.

Si el que debía dar estas cauciones y las demas que eran del oficio del juez, se negaba á hacerlo, el juez le condenaba; mientras que la obligacion contraida por la estipulacion, prescribe, despues de cierto tiempo.

Las estipulaciones pretorias, pertenecian al ministerio del pretor: entre otras, la notable es, la *damni infecti*, por la que se trata de prevenir y de dar el derecho de reclamar del daño que le ocasiona al dueño de un edificio, el edificio contiguo que amenazaba ruina: esta seguridad se dá por medio de fiadores ó por simple promesa, segun los casos. Si el que debe asegurar, no hace en el término que se le señala, el que reclama el puesto en posesion del edificio ruinoso, y vencido otro plazo, se le dá al mismo la orden de poseer. Entre las estipulaciones pretorias se encuentran las edilicias; siendo las mas notables entre estas, las que se refieren á la compra venta.

Las estipulaciones convencionales, son todas las que las partes quieren celebrar. Son comunes, las estipulaciones que pueden ser ordenadas por el magistrado y por el juez, cada una en su caso: tal es por ejemplo, la de que se conservarán los bienes del pupilo.

Estipulaciones inútiles.

Son inútiles las estipulaciones nulas. En este título se determinan las condiciones de existencia de los contratos en general, y de las estipulaciones en particular. El texto no sigue

en esta materia ningún orden: nosotros la trataríamos en los cuatro puntos siguientes: 1º estipulaciones inútiles por razón de las personas que intervienen en ellas; 2º por razón de las cosas, materia de las estipulaciones; 3º por razón de los modos, condiciones, términos y otras modificaciones que pueden sufrir las estipulaciones; y 4º por razón de la forma particular de estipulación y las maneras de hacer constar su existencia.

Estipulaciones inútiles acerca de las personas.

El principio de que la acción y la obligación que nacen de los contratos, no son para personas diferentes de ellas, se explicaba estrictamente en las estipulaciones, por cuanto la obligación en este contrato, se deriva exclusivamente de la pronunciación de las palabras y no de ninguna otra circunstancia. Nadie puede estipular ni prometer por otro; y si lo hace, el contrato es enteramente inútil. Para estipular ó prometer por otro válidamente, es menester, que el que estipula ó promete, tenga alguna relación jurídica, con aquel por quien estipula ó promete; es menester que tenga algún interés en la estipulación, así dicen los testos, que no era la generalidad que nosotros damos á estas palabras. Este interés en que se cumple la estipulación ó la promesa que uno ha hecho por otro, se funda bajo un aspecto, en la unidad de persona que el Derecho Romano establece entre el jefe de una familia y los otros miembros de ella, unidad que como ya hemos visto, no se refiere á los peculios, ni se extiende á que los amos se obliguen por sus esclavos.

El mismo interés puede derivarse de un compromiso jurídico, preexistente, entre el que estipula por el cual el primero debe proporcionarle al segundo, el objeto sobre que rueda la estipulación; y puede crearse también en el acto de estipular, contratando algo directamente para el que estipula por otro, y que sirve para penar la falta del cumplimiento de la estipulación que por sí es inútil. Ese interés existe también en las estipulaciones que se hacen conjuntiva ó disyuntivamente, en favor del que estipula y de otra persona más; y existe en fin, en las estipulaciones que se hacen por mandato y para beneficio de otro, que aunque el mandato para estipular sea rechazado por la naturaleza de la estipulación, fué no obstante admitido en muchos casos en los que solo produciría acciones inútiles.

Las personas incapaces, como los locos, amentes &ª no pueden estipular; tampoco los infantes, porque no tienen el desarrollo intelectual necesario para comprender lo que se dice ó hace; pero los próximos á la pubertad y los púberos, pueden estipular por sí, aunque no obligarse, sino con intervencion del tutor.

Estipulaciones inútiles por razon de las cosas.

Solo puede contratarse, respecto de las cosas que existen actualmente ó que pueden existir, con tal que sean de aquellas que están destinadas al comercio humano en general, y que en particular, pueden ser adquiridas por el que las contrata: por tanto, son inútiles las estipulaciones que recaen sobre cosas que no existen, ni pueden existir, y sobre aquellas, que existiendo ó pudiendo existir, no pueden sin embargo, ser adquiridas por el estipulante, bien por haberlas adquirido ántes ó despues de la estipulacion, bien por impedirle el derecho que las adquiriera.

Hay una diferencia entre las estipulaciones inútiles, por la que, las cosas estipuladas se hallan fuera de todo comercio humano, y las que lo son por la imposibilidad en que se encuentra el estipulante en particular, de adquirir las cosas que estipula; las primeras no producen ningun efecto, aunque las cosas estipuladas entren al comercio humano; el que los prometió, no está obligado ni á pagar su valor, cuando sin su culpa, salen del comercio, ni á pagar indemnizacion alguna, por los perjuicios que puede haber causado, por el hecho de prometer lo que de ninguna manera podia entregar. Las segundas por el contrario, producen diferentes efectos, segun la relacion en que el estipulante se encuentre con la cosa estipulada.

Como nadie puede obligar á otro con su promesa, es claro que es nula la estipulacion que recae sobre hecho ajeno; no obstante algun efecto puede tener semejante estipulacion añadiéndole cláusula penal ó comprometiéndose el promitente, á hacer cuanto esté de su parte para que se cumpla el hecho ajeno que prometió.

Estipulaciones inútiles por razon del modo.

Son inútiles, las estipulaciones con condiciones imposibles: las estipulaciones con condicion imposible moralmente, son las que se hacen con causa torpe. La condicion negativa y fi-

sicamente imposible, no anula la estipulacion; pero sí, la que es negativa y moralmente imposible, á no ser que de algun modo contribuya á la ejecucion de la ley que la hace imposible.

En la época de Justiniano, valian las estipulaciones en que la muerte de cualquiera persona, figuraba como plazo de la estipulacion, y tambien las que tienen condiciones posteriores.

Las estipulaciones sin causa, valen por estricto derecho, pero no por equidad.

Estipulaciones inútiles por razon de la naturaleza de la estipulacion.

Como la estipulacion se contrae, pronunciando palabras que, espresan la voluntad acorde de dos personas, sobre una misma cosa, es claro que son inútiles las estipulaciones de los sordos, de los mudos, de los amentes y de aquellos en que no hay concordancia entre la pregunta y la respuesta, discordancia que puede tener lugar sobre la cosa misma ó su cantidad y sobre el modo de la estipulacion.

Siendo imposible la estipulacion de los ausentes, Justiniano dispuso, para cortar los pleitos que se promovian sobre la realidad del hecho de haber estipulado, que el escrito en que constare que habia habido una estipulacion, fuera prueba suficiente de este hecho, á no ser que se probase la excepcion de Alivi.

Fiadores.

Despues de haber hablado de las estipulaciones solidarias vamos á tratar de aquellas en que, á pesar de intervenir dos ó mas personas por una ó ámbas partes, no se forma un solo contrato, sino dos distintos, principal el uno y accesorio el otro.

La imposibilidad de hacerse representar por otra persona en un acto jurídico, fué la causa de que los estipulantes, al hacer la estipulacion, se uniesen á alguna persona de su confianza, la que adquiriendo un derecho secundario pudiera cobrar en defecto de ella. Esta estipulacion secundaria se llama *adstipulacion*; conferia al adstipulador un derecho enteramente personal, que no se trasmitia á los herederos, si celebraba con la misma ó con distinta fórmula que la empleada por el estipulante principal; y no podia abrazar mas, aunque

si ménos que la estipulacion principal, en cuanto á la cantidad de la cosa estipulada, al tiempo y al modo de pagarla.

El adstipulador era respecto del promitente, un acreedor que podia proceder contra él, con las acciones que nacen de la estipulacion, respecto del estipulante principal, un mandatario, obligado á darle cuenta, por medio de la accion de mandato, y en cierto caso responsable, por disposicion de la ley Aquilia que despues conoceremos.

La adstipulacion, comenzó á caer en desuso por los riesgos que tenia; y usada necesariamente para hacer posibles las estipulaciones para despues de la muerte desapareció totalmente, cuando Justiniano permitió otra clase de estipulacion.

Tan conveniente como era al estipulante el que se le uniera un adstipulador, le era al promitente el que se le uniera, uno ó mas obligados secundarios, que le garantizan en su crédito: y este es el origen de la fianza. La garantia de un obligado secundario, mediante la variedad en las fórmulas con que se podia contraer esa obligacion secundaria; se hizo extensiva; no solo á las verbales, sino á toda especie de obligaciones; y de aquí vienen los esponsosores, los fideipromisores y los fideyusores.

La *spontio* y la *fide promissio*, aplicables solo á las obligaciones verbales, son en todo, respecto de la obligacion principal, lo que el adstipulador, respecto del estipulante principal. Varias leyes que se dieron para arreglar la materia de las esponsiones y fide promisiones, la pusieron en el siguiente estado: la obligacion de los esponsosores y fide promisores, se dividia de pleno derecho entre todos ellos: no duraba mas que dos años. Las restricciones á que estaban sometidas las esponsiones y las fide promisiones, estendieron el uso de la fideyusion ó fianza de tal modo que, en tiempo de Justiniano, habian caido completamente en desuso.

La fianza se refiere á toda especie de obligacion, sean civiles, pretorias ó naturales; como contrato accesorio que es, no puede ser mas estenso que el principal, en el modo, ni en el tiempo, ni en la cantidad; la obligacion que produce pasa á los herederos y no se divide *ipso jure* entre los fiadores, sino que grava *in solidum*, sobre el obligado principal y todos los fiadores. Los fiadores son deudores por estipulacion, respecto del acreedor y por tanto, este tiene contra ellos una de las acciones *condictio* ó *estipulatio*. Si han pagado el crédito, pueden proceder contra el deudor principal, con una de las acciones, mandato ó gestion de negocios. Como la fianza no

crea ninguna relacion jurídica entre los fiadores, el que de estos haya pagado el crédito, no tiene accion contra los demás.

Se establecieron tres beneficios en favor de los fiadores; el primero renovado por Justiniano, es el de excucion ú orden; por el cual, el fiador contra quien se procede, puede pedir que ántes se proceda contra el deudor principal; el segundo es el de division, establecido por Adriano, por el cual el crédito se dividia, entre todos los fiadores solventes al tiempo de contestarse la demanda, si así lo solicita el fiador demandado; y el tercero, el de cesion de acciones, por el cual puede uno de los fiadores pagar por entero, reclamando el derecho que tiene contra el deudor y los demas fiadores.

Senado-Consulta Veleyano.—El espíritu del Derecho Romano fué siempre negar á las mugeres, la capacidad jurídica que reconocia en los hombres; en efecto, si con el tiempo desapareció la tutela perpétua, en que al principio estaban las mugeres, el senado-consulta Veleyano les prohibió interceder por otro, considerándolas incapaces de comprender las consecuencias á que puede llevar el hacerse responsable de una deuda ajena.

Obligacion literal.

La etimología de la palabra *expensilacion* con la que se determina la obligacion literal, manifiesta que dicha obligacion es una derivacion del *nexum* primitivo, no menos que las obligaciones verbales, en las estipulaciones de que ya hemos hablado.

Estendido que fué el uso de la escritura entre los Romanos, se introdujo la costumbre, de que cada padre de familia llevara un registro para tomar cuenta exacta dia por dia de todas sus operaciones, rentas, beneficios, gastos y pérdidas. La autoridad de las costumbres primitivas dió á estos registros, llamados *codex* ó *tabulae*, ó *codex accepti et expensi* una sancion casi religiosa y pública.

A mas de este libro, usaban otro los Romanos, llamado *adversaria*, donde apuntaban dia por dia, como en un borrador, los mismos negocios que despues regularmente al fin del mes, pasaban al *codex* ó libro legal.

Cada una de las partidas ó inscripciones del *codex*, llamadas en general nómina, manifestaba que se habia practicado cierto negocio entre el dueño del libro y otra persona, que se habia creado una relacion jurídica, una obligacion entre di-

chas personas. Esta manifestacion, era ante el Derecho filosófico una prueba de que existia la obligacion, pero nunca la causa jurídica de ella; porque dicha causa se encuentra en el hecho practicado y que ha sido registrado en el *codex*, y no en el hecho del asentamiento de esta partida.

Mas el derecho positivo prescindió de la causa natural de la obligacion, y se fijó únicamente en la insercion del negocio en el registro doméstico para dar á este hecho el carácter jurídico de la obligacion. Al proceder así, se fundaba en realidad, en la fé que merecieron los registros y en la apariencia, en que insertado en el registro un negocio del que nacia una obligacion, ésta aparecia formada por el rito del *nexum*, que como hemos dicho, fué el modo primitivo de contraer todas las obligaciones. En efecto, al insertar en el registro un negocio cualquiera del que nacia una obligacion, no se le insertaba como habia pasado, sino cambiándosele de forma, novándolo; se apuntaba como dado ó recibido por otro motivo cualquiera: de este modo, el dinero objeto de la obligacion, se consideraba por pesado y entregado por una parte y por pesado y recibido por otra, ó lo que es lo mismo, se daba por realizado el *nexum*.

Segun esa exposicion, las partidas de registro referentes á negocios que habian producido obligaciones, versaban siempre sobre cantidades de dinero, que realmente se habian entregado ó que se tenian por entregadas: por esto á esas partidas se llamaba *nómina arcaria*, y de ese modo la obligacion literal, la *enspensilacion* conservó, mas que ninguno de los otros derivados del *nexum*, los caracteres de esta institucion primitiva, que son referirse siempre á cantidades de dinero y no permitir condiciones, sobre la existencia de la obligacion que el produce.

Al hacer los asientos en el registro, no solo se novaba la causa jurídica de la obligacion, para presentar el negocio practicado como si hubiera sido un mútuo, sino que, á veces se cambiaba tambien la persona obligada: á las trascripciones que se hacian en el primer caso se llamaba *a re in personam*, y á las que se hacian en el segundo *a persona in personam*.

La verdad de las cosas no puede ser desatendida, la causa filosófica de las obligaciones no debe desaparecer ante la causa que el derecho positivo le señala: por eso, cuando á pesar de la inscripcion de un mútuo en el registro y de todas las suposiciones legales que ella funda, ese mútuo no existia real-

mente y el pretor daba un recurso, una excepción para defenderse contra la demanda, fundaba exclusivamente en la *nómina arcaria*. Esa excepción es la de dolo, cuya prueba corresponde al que le alega y no al que demanda.

La expensilacion se funda exclusivamente en la inscripción hecha en el registro del acreedor, con consentimiento ó con acuerdo del derecho. Si esa inscripción del registro del acreedor corresponde á otra del registro del deudor, el consentimiento de este, para que se redactase la primera inscripción está fuera de toda duda; la obligación no solo existe civilmente, sino que es mas que probable que exista natural y realmente; pero si al contrario, no se encuentra en el registro del deudor, una partida que corresponda á la que está asentada en el del acreedor, esto nos probará de una manera indudable, que no existe la obligación, que el deudor no tiene conocimiento, que no consintió en que el acreedor hiciese la inscripción de la partida que á él se refiere; pero como el deudor puede haber tenido mala fé, ú olvido de no apuntar como recibida la cantidad que realmente recibió, la Jurisprudencia Romana tomó como una causa de expensilacion, la partida asentada en el registro del acreedor con acuerdo del deudor; entendiéndose, que este acuerdo se prueba principalmente, por la inscripción hecha en el registro del deudor y á falta de ella, por cualquier otro medio de prueba.

Ya hemos indicado el carácter religioso y público que las costumbres primitivas habian dado á los registros domésticos. Se creia que de toda operacion de alguna importancia que uno hiciera, tomara cuenta en su registro, y que cada partida asentada en él, era la prueba irrefragable de que se habia practicado realmente el negocio á que ella se refiere. Abreviando pues, la Jurisprudencia Romana facilitaba la expedicion de los negocios, con prescindir de la causa natural que tuvieran las obligaciones de que se habia tomado cuenta en el registro, y asignarles por causa civil, la inscripción misma, que de ellos se habia hecho en el registro.

Ya tenemos visto tambien como se evitaba el pago de una obligación, que solamente tenia la causa civil de la inscripción y no una causa natural.

El uso de los registros domésticos quedó limitado en tiempo de Neron, á la trascripcion de los créditos, por la cual á veces se cambiaba simplemente la causa jurídica de una obligación, tomando de ella cuenta en el registro, y otras, se cambiaba al mismo tiempo la causa jurídica de la obligación y

la persona obligada. Con el tiempo, solo los banqueros usaban estos registros, cada vez mas alterados hasta que en la época de Justiniano, no se usaban absolutamente. Por entonces existió otra clase de obligacion literal, cuyo desarrollo vamos á indicar.

La expensilacion estuvo reservada en su rigor á los ciudadanos, mas tarde se hizo estensiva á los extranjeros, pero no para todos sus usos sino solo para la trascripcion que se llamaba *a re in personam*, y no para las trascripciones *a persona in personam*. Entre los extranjeros, habia una especie particular de obligacion literal, producida por los *chirographa* y los *syngraphæ*. Nada sabemos sobre el modo como debian estar redactados estos documentos, ni sobre su contenido, solo sabemos que no eran simplemente probatorios, sino que eran causa civil de obligacion.

Independientemente de estos documentos, se usaban entre los Romanos otros, á los cuales se daba distintos nombres; pero que eran conocidos con el nombre comun de *cautio*. Esta palabra se empleaba especialmente, para designar el documento probatorio de un contrato de mútuo, celebrado ó ya próximo á celebrarse. Bien pronto los Jurisconsultos Romanos comenzaron á confundir la *cautio*, en su sentido especial, con el *chirographa*, [por entonces, ya habia desaparecido los *syngraphæ*] y esa confusion se hizo completa y legal en tiempo de Teodosio: desde entonces la *cautio* produjo obligacion por si misma, y esta es la obligacion literal, que existia en tiempo de Justiniano, aunque con algunas modificaciones, Este emperador no quiso que el documento *cautio* produjese obligacion, inmediatamente despues de redactado, sino dos años despues. [ántes cinco]. Durante este tiempo, el podrá oponer la excepcion de dinero no entregado, ó pedir directamente la devolucion del documento: pasado él, la obligacion se habia formado y se debia cumplir irremisiblemente.

Obligaciones consensuales.

Hasta aquí hemos visto que del *nexum*, primitiva manera de obligarse, se derivó, primero la obligacion verbal y despues la obligacion literal, suponiéndose cumplido en ámbos casos el rito de la mancipacion. Despues de establecidas estas obligaciones, el Derecho Civil tomó del Derecho de Gentes, la obligacion consensual, fundada en el mero consentimiento; pero solo en cuatro casos únicos, en que el acuerdo de las

partes producía por sí solo, obligación civil, y en los que por lo mismo ese acuerdo merecía el nombre de contrato.

Estos cuatro contratos son: compra-venta, arrendamiento, sociedad y mandato; al contrario de los que hemos examinado hasta aquí, producen ya desde el principio ó posteriormente obligaciones recíprocas; por lo que se les llama bilaterales ó sinalagmáticos y sus efectos no son arreglados estrictamente por una causa jurídica que les haya asignado el otro, sino por la equidad, por la buena fé, como derivados que son del Derecho de Gentes.

Compra-venta.

En el primitivo Derecho Romano no se trataba del contrato de venta. La venta entónces, no era mas que un convenio que no producía obligación civil ó simplemente un hecho consumado, el cambio de un objeto por cierta porción de metal amonedado, [porque la venta es indudablemente una simplificación de la permuta], en vez de dar un objeto por otro, como sucede en la permuta, se le dá por una cantidad de metal, cuyo valor es el término de comparación de todos los valores, y con el que fácilmente podemos proporcionarnos el objeto que mas necesitamos para satisfacer nuestras necesidades. Despues, el Derecho Civil aceptó la venta y las otras tres convenciones que hemos indicado, y les dió el nombre de contratos pero sin hacerles perder en nada su carácter de instituciones de Derecho de Gentes.

En la venta, intervienen dos personas: comprador y vendedor, y dos cosas: la que se vende [*merx*] y el precio [*pretium*]. Aunque este contrato se consideró siempre como fundado en el mero consentimiento, Justiniano dispuso que cuando las partes hubiesen convenido en reducir el contrato á escritura, el negocio no se considerase perfecto, hasta que la escritura no estuviese firmada por los interesados: hasta entónces el convenio no era sino un mero pacto.

Acostumbraron los Romanos al hacer sus compras, dar un objeto cualquiera y aun cierta cantidad de dinero, como señal de que el asunto estaba concluido. Esto es lo que se llama *arras*, su objeto era pues, significar que la venta estaba hecha; no obstante, los interesados podían darle otro carácter, como el de multa contra el que quisiera retractarse ántes de cumplir el contrato. Justiniano decidió que en toda clase de ventas, el objeto legal ordinario de las *arras* fuese el que acabamos de indicar, dejando sin embargo á las partes en libertad para darles el que comunmente tenía al principio.

Todas las cosas que están ó pueden estar en el comercio humano son objeto de este contrato, aun las ajenas y las inciertas: respecto de estas, cabe la deferencia entre compra de lo que se espera y compra de la esperanza [*alea*].

El precio debe ser cierto por sí ó determinado por alguna circunstancia, como por el parecer de una persona señalada que no sea uno de los contratantes: así lo dispuso Justiniano, contra el parecer de una secta de jurisconsultos. Debe también consistir en dinero; así está decidido en la Instituta; sin embargo, por una antigua constitucion admitida por Justiniano, aparece que, si estando en venta un fundo, se admite como precio un objeto cualquiera, el negocio será una venta y no una permuta; de donde podemos concluir que, la teoria del Derecho Romano sobre la venta, es lo que se deduce de la historia y la que generalmente se profesa, que en la venta, la idea dominante es la de la avaluacion del objeto que se dá, por la medida comun de todos los valores, el dinero, idea que no se manifiesta bajo el mismo aspecto en la permuta.

Fundado como está este contrato, en el mero consentimiento y debiendo ser arregladas sus consecuencias puramente por la equidad, sus efectos no pudieron estar determinados desde el principio: poco á poco lo fueron, mediante la accion de las estipulaciones que hacian los contratantes, la costumbre y el edicto edilicio. En virtud de estas tres causas, vinieron á quedar establecidas, como consecuencias naturales de la venta, la eviccion, el saneamiento y la redhibicion.

El vendedor está obligado, como consecuencia clara é inmediata de la venta, á poner al comprador en posesion de la cosa vendida, (*vacuam possessionem*) de tal manera que pueda usar de ella libremente, *rem licere habere*, y esto en el tiempo, lugar y modos convenidos. Esta posesion en que entra el comprador, le dará el dominio de la cosa vendida, si el vendedor era dueño de ella; mas no así, cuando la cosa era de otro: la venta no produce indispensablemente el dominio de la cosa vendida y era tan rigurosa la Jurisprudencia Romana en este particular que, mientras el comprador estuviere en la posesion libre de la cosa, nada tenia que reclamar contra el que se la vendió siendo ajena, á ménos que, hubiese un dolo manifiesto por parte del vendedor: la venta, como todos los contratos, solo produce obligaciones entre las partes y no traslaciones de dominio, y en general, ningun otro derecho real.

Es también obligacion del vendedor, responder de la eviccion, esto es, del despojo que se la infiera judicialmente al

comprador, por causa de un derecho que se tenia sobre la cosa vendida, desde ántes que lo fuese y no obstante ser justa su posesion. Esta obligacion, que envuelve por parte del comprador, la de poner en conocimiento del deudor, el hecho de la demanda, se creaba al principio por medio de estipulacion, por la que se convenia el vendedor en pagar el doble y hasta el cuádruplo del valor de la cosa, en el caso de eviccion; despues quedó establecido, que la eviccion era consecuencia natural de la venta.

Tambien responde el vendedor por los vicios ocultos de la cosa, quedando á la buena fé, el determinar la estension y los efectos de esta obligacion, y por la falta de las cualidades que él aseguró que tenia el objeto vendido. El efecto de estas obligaciones es, ó disminuir el precio de la cosa ó rescindir la venta. El edicto edilicio, que habia señalado los vicios ocultos que anulaban el contrato, concedia dos acciones para conseguir esos resultados: la accion estimatoria ó *quanto minoris* y la accion redhibitoria.

Responde igualmente el vendedor de toda culpa; pero los daños que sobrevengan á la cosa sin su intervencion, recaen sobre el comprador, no obstante que todavia no es dueño de ella; lo mismo se dice de las mejoras que recibe naturalmente, sin la accion del vendedor. No sucede lo mismo, cuando se trata de un género ántes de haber sido especificado, á menos que la venta se haga *per aversionem*.

El comprador está obligado á pagar el precio, en el lugar, tiempo y modo convenidos, á pagar las impensas que el vendedor haya hecho de buena fé en la cosa; y á satisfacer intereses, sino paga el precio despues de haber recibido la cosa. Responde tambien de toda culpa. Al hacer las ventas pueden las partes agregar los pactos que quieran: estos pactos se llaman leyes del contrato. Las principales son el dejar la resolucion ó el perfeccionamiento del contrato durante cierto tiempo, á la voluntad del comprador; el de *in diem addictio*, el de *lex commissoria* y el de *retro vendendo*.

El de *in diem addictio*, consiste en el convenio que se celebra entre las partes, por el que, si dentro de cierto tiempo se ofrecen mayores ventajas al vendedor, la venta no tiene lugar, ó queda resuelta. La *lex commissoria*, consiste en que si el comprador no paga el precio en el plazo, la venta será resuelta por el vendedor. Por el *retro vendendo*, ó la retroventa se convenia en devolver la cosa, dando el primer vendedor el que recibió.

El contrato de venta se rescinde, por efecto de los pactos resolutorios que las partes pueden haber añadido, por el mútuo disenso, ántes que haya sido cumplido por alguna de las partes, por causa de los efectos redhibitorios, y por el dolo, violencia y lesion. Hay lesion, segun dos rescriptos de Dioclesiano y Maximiano, cuando la cosa es vendida por menos de la mitad de su valor. La doctrina sobre este particular, no estaba desarrollada como lo está ahora.

Del contrato de compra-venta, recaen inmediatamente las acciones y *ex empto ex vendito*; ámbas de buena fé y aplicables equitativamente á todos los efectos que puede producir el contrato. Las cláusulas accesorias de este contrato se reclaman con la accion es *ex stipulatu* ó la de *præscriptis verbis*. Tambien se derivan las acciones *estimatoria* ó *quanti minoris* que diera un año y la redhibitoria que dura seis meses.

Locacion-Conduccion.

Este contrato es simplemente consensual como el anterior, y se aplica á él lo que dispuso Justiniano sobre la escritura, cuando los comprometidos en una venta habian convenido en firmar. En este contrato figuran tambien dos personas, el locador, que proporciona la cosa y que recibe la *merces*, y el que se sirve de aquella y paga esta, con el nombre de conductor ú otros aplicables á casos especiales, y dos cosas: la que se presta y la merced.

El arrendamiento es de cosas, de servicios ó de obras. El locador está obligado á proporcionar la cosa en el lugar, modo y tiempo convenidos, de tal manera que, el conductor pueda usar hasta el dia prefijado (*præstares re uti licere, re frui licere*); tambien está obligado á pagar *ex æquo et bono*, las impensas necesarias y útiles hechas en la cosa, y á responder de toda culpa.

El conductor está obligado á responder de toda culpa, á devolver la cosa en los términos convenidos y á pagar la merces del mismo modo; sin embargo *ex æquo et bono* se rebaja esta, cuando por causas que no han estado en su voluntad, ha perdido una parte considerable de los frutos, ó no ha podido percibir los que justamente esperaba. A este contrato, lo mismo que el anterior, pueden las partes añadir los pactos que quieran.

Termina el arrendamiento, por espiracion del plazo por el que fué hecho; por venta de la cosa arrendada, cuando no se

conviene en lo contrario; por pasar dos años sin pagar la pensión, por mal uso de la cosa, por necesitarla el dueño para sí, y por no poder el arrendatario percibir la utilidad convenida; pero no termina por muerte de ninguno de los contratantes, hasta donde lo permita la naturaleza de la cosa dada en arrendamiento.

De este contrato nacen las acciones, *locati et conducto*, que se estienden á todos los efectos naturales ó equitativos que pueda producir la acción serviana, que se dirige á perseguir las cosas hipotecadas al pago de la renta, y el *interdicto salvatio*, que tiene por objeto, hacerse poner en posesión de las mismas cosas.

Enfitesis.

Desde tiempos muy remotos, se acostumbró en Roma que los propietarios de grandes terrenos, los diesen en arrendamiento por crecido número de años, concediendo á los que los tomaban, mas derechos que á los simples arrendatarios, porque se trataba de identificar en cierto modo al colono, con el terreno, á fin de que se interesara mas en cultivarlo. Este negocio no pasaba de la esfera de un pacto, que tenía puntos de contacto con la compra-venta y con el arrendamiento, hasta que Zenon lo incluyó en el número de los contratos que se perfeccionaban con el simple consentimiento, dándole una naturaleza particular y determinada. Se le llama enfitesis, de una voz griega, plantar, sembrar, injertar.

La enfitesis produce no solo obligación entre las partes, derecho personal, sino tambien derecho real: así, el dominio de un fundo enfiteutico, se encuentra dividido, entre el dueño, que es llamado dueño directo por los tratadistas, y el enfitauta, que por los mismos, es conocido con el nombre de dueño útil.

Los derechos del enfitauta pasan á sus herederos y comprenden los de cambiar la superficie del fundo y de venderlo, respetando en este caso, el derecho que se concedió al propietario de cobrar cierta cantidad, por consentir en que el fundo pase del enfitauta á otros que no son sus herederos, ó de tomarlo para sí.

El enfitauta está obligado á pagar la pensión ó cánon, obligación que no se suspende, sino por destruccion total de la cosa y no por ninguna otra causa.

La enfitesis se constituye por contrato, por la ley y por prescripción; pero no olvidamos que en el Derecho Romano,

el derecho real, no nace del consentimiento, sino de la tradicion ó cuasi tradicion.

Termina la enfiteusis: por mútuo disenso, por destruccion total de la cosa, por espiracion del término por el cual fué constituido y por muerte del enfiteuta sin herederos legales, pudiendo haberlos tenido.

El pretor estableció y protejió cierto derecho semejante al de enfiteusis: el de superficie, que no es sino el derecho de edificar sobre un terreno ajeno, concedido onerosa ó gratuitamente por el dueño. Este negocio no llegó á constituir un contrato.

Del contrato de enfiteusis nace la accion enfiteuticaria que sirve para ámbas partes. Constituido el derecho real de enfiteusis, se lo aplican todas las acciones que nacen del dominio con el nombre de acciones útiles.

Sociedad.

La sociedad es otro contrato que el Derecho Civil tomó del de Gentes. La causa obligatoria es el simple consentimiento y sus efectos son arreglados por la equidad puramente. Produce obligaciones iguales para todos los contratantes.

El texto divide la sociedad en universal y particular pero tambien dividian los jurisconsultos la sociedad en universal, que se refiere á todos los bienes adquiridos y por adquirir y que se realiza con solo el consentimiento, respecto de toda clase de bienes; en universal para solo las ganancias, en sociedad (*societas negotiationis alicujus*) para un negocio particular; en sociedad (*societas vectigalis*) para el arrendamiento de los vectigales y en sociedad (*societas rei unius*) para hacer en comun una adquisicion determinada. La obligacion comun de todos los sócios es el apartar de la sociedad lo que cada uno ha ofrecido. Las resultas de la sociedad se dividen entre los sócios por partes iguales, sino ha habido convenio que determine el modo de esta division. Nada se opone á que los sócios convengan sobre este particular en lo que quieran, como en dar á un sócio mayor parte en las ganancias que en las pérdidas, y aun en darle simplemente ganancias y no pérdidas, con tal que ninguno sufra entre ellos las pérdidas, sin reportar las ganancias. Por regla general, sino convienen otra cosa las pérdidas se dividen en la misma proporcion que las ganancias.

El sócio administrador no representa á la sociedad: asi es

que los negocios que él haga con los extraños á esta, no producen acciones directas, sino contra él y aquellos con quienes negoció; solo hay acciones útiles en favor y en contra de ellos, para perseguir los resultados de esos negocios. El socio administrador tiene derecho para reclamar de cada uno de sus socios, la parte que les toca en los gastos que haya hecho y en los perjuicios que haya sufrido por cuenta de la sociedad: por su parte, cada uno de estos tiene derecho para reclamar de aquel, su parte de ganancias y la restitucion con interés de las cantidades que haya empleado en su provecho esclusivo. Los socios no están obligados á poner en el desempeño de los negocios de la sociedad, mas cuidado que el que ponen en los suyos propios: esto quiere decir que solo responden del dolo y de la culpa lata.

Los socios pueden haber convenido al establecer la sociedad, en todo lo que hubiesen querido: ninguno de estos convenios puede hacer que la sociedad sea perpétua, en el sentido de que desde el momento que uno de los socios quiere separarse, la sociedad queda disuelta para todos, sin perjuicio de quedar responsable, el que se separó, por su separacion intempestiva ó dolosa.

La sociedad termina por muerte ó capitis minucion máxima ó media de uno de los socios, á ménos que se haya convenido en que continúe con los demas, lo que de ninguna manera puede estenderse á los herederos del socio difunto ó capitis minuto; termina tambien por separacion de uno de los socios, siempre que no se haya convenido en que continúe con los demas y sin perjuicio de la responsabilidad que proviene de la separacion; por destruccion de los bienes de la sociedad ó de los de uno de los socios, en lo que comprendida la cesion de bienes y la confiscacion, por conclusion del término por el cual se celebró la sociedad y por modificacion voluntaria que hagan los socios de la sociedad (ó deduccion de una instancia con el objeto de devolverla).

Del contrato de sociedad nace el *pro socio* ó accion de buena fé, que se dá á cada uno de los socios contra todos los demas para alcanzar la ejecucion del contrato y todo lo que sea consecuencia natural y equitativa de él: la condenacion en virtud de esta accion produce la infamia; pero nunca esta condenacion puede estenderse mas allá de los recursos del condenado: esto se llama beneficio de competencia. Nace tambien de este contrato, la accion *communi dividundo*, cuyo objeto es alcanzar la division de las cosas comunes, cuando deban dividirse.

Mandato.

El principio jurídico de que nadie puede ser representado por otro, indicamos ya que pronto quedó limitado á los negocios de estricto Derecho Civil, porque en los que se llaman de Derecho de Gentes, se admitia el que una persona procediese por otra, aunque en verdad no representándola deoididamente, sino mas bien obrando en su propio nombre y por cuenta de otra persona.

El Derecho Civil habia admitido, hasta cierto punto, la representacion de una persona por otra, en el caso del *cognitor*, asi como el derecho pretorio la habia establecido respecto del institor y del exércitor, y como la Jurisprudencia la tenia admitida por completo para la toma de posesion. En su origen, el mandato fué un asunto religioso y de pura amistad: el que estaba para ausentarse encargaba á un amigo, con cierta solemnidad, la administracion de sus bienes: este amigo la admitia gratuitamente, comprometiéndose en fé y en amistad, y quedaba hecho el mandato. Pronto este negocio pasó al Derecho Civil, como un contrato meramente consensual y sometido en sus consecuencias á solo la equidad, pero conservando de su naturaleza primitiva, los caracteres de gratuito, de famoso y de obligar á toda diligencia en su desempeño.

El mandato produce obligaciones inmediatamente solo para el mandatario; pero á consecuencia de los hechos que este practica en desempeño del mandato, nacen obligaciones para el mandante; por eso á este contrato se le llama sinalagmático imperfecto.

El mandatario está obligado á desempeñar con el mas estricto cuidado y á rendir cuentas, del mandato que se le ha confiado: por su parte el mandante está obligado á indemnizar al mandatario, de todos los perjuicios que haya sufrido, aun por culpa ajena en el desempeño del mandato y á librarle de todas las obligaciones que en dicho desempeño haya contraido, porque no produciendo el mandato una perfecta representacion del mandante por el mandatario, los negocios que este celebre no establecen relaciones jurídicas directas sino entre el mandatario y aquellos con quienes negoció y de ninguna manera entre estos y el mandante, por esto solo el mandatario tenia derecho de perseguir y el solo estaba obligado por las resultas del mandato; pero la Jurisprudencia siguiendo lo establecido por el pretor en los casos del exércitor

y del institor, dió acciones útiles preferentes á las directas, para que el mandante y aquellos con quienes el mandatario habia negociado, pudiesen exigirse mutuamente el cumplimiento de los compromisos que existian á consecuencia del mandato, entre estos y el mandatario.

El mandato puede dividirse en general y especial; pero el texto lo divide en cinco clases, segun la persona ó personas para quienes sea el interés del mandato.

El mandato que se hace en beneficio del mandatario ó de un tercero solamente puede confundirse con el simple consejo que por su naturaleza no obliga: sin embargo estos mandatos pueden producir obligacion, cuando asi lo exija ó cuando el que intercedió en el negocio, el que lo indicó haya tenido intencion de obligarse.

No obliga el mandato contrario á la moral y á las buenas costumbres: tampoco aquel en que el mandatario traspasa los límites que le señaló el mandante.

Se disuelve el mandato: 1º por muerte de uno de los interesados, 2º por renovacion, 3º por renuncia oportuna y puesta en conocimiento del mandante, á no ser que justos motivos obliguen al mandatario á renunciar el mandato y dejarlo ántes qua el mandante se haya enterado de la renuncia. Lo que el mandatario haga ántes de que termine el mandato, siempre obliga al mandante.

El mandato puede ser simple ó condicional pero siempre ha de ser gratuito. Se puede, no obstante, ofrecer al mandatario cierta retribucion que se llama honorario, sin que el mandato cambie de naturaleza. La diferencia entre el salio y el honorario solo está en la naturaleza de los servicios que se retribuyen. El honorario está sujeto puramente á la decision arbitraria del majistrado.

Del mandato nace la accion del mandato directo para el mandante y contraria la accion para el mandatario. La condenacion en virtud de la primera produce infamia.

Pactos que producen obligacion.

Hasta aquí solo hemos tratado de las convenciones llamadas contratos y que producian obligacion segun el estricto Derecho Civil: vamos á decir algo de las convenciones llamadas pactos. Muchas de estas convenciones produjeron sucesivamente obligacion, en virtud de modificaciones introducidas por el Derecho Civil, por el pretorio y por el imparcial. El Derecho Civil estableció que produjesen obligacion todos

los pactos formados *re tomando* esta palabra en un sentido mas lato, es decir, todos los pactos que han sido cumplidos por una de las partes. Esta obligacion se funda en el principio de que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro.

Todos estos pactos tienen una naturaleza comun; están sujetos á unos mismos principios y no tienen ni podrian tener cada uno un nombre particular, lo contrario es lo que sucede con los contratos civiles, que cada uno de ellos tiene un nombre y una naturaleza especial. Esta es la razon porque á los primeros se ha dado el nombre de contratos innominados y á los segundos el de nominados. Los innominados se refieren á una de estas operaciones. *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.*

Pero la obligacion que nace de estos pactos, en virtud de haber sido cumplidos por uno de los contratantes, no es precisamente que el otro cumpla tambien lo prometido; sino que indemnize al primero los perjuicios que de la no-ejecucion por su parte de lo pactado, pueda resultarle. Para esto hay una accion civil general, *in factum, praescriptis verbis*. Cuando la obligacion en estos pactos, nace de que por una parte ha habido entrega real de lo pactado, esta parte puede pedir que se le devuelva lo que dió, con la *condictio causa data, causa non secuta ab causam datarum*. El pretor dió fuerza obligatoria á ciertos pactos, derivandolos del simple consentimiento. El mas notable de estos pactos es el llamado constituto, y consiste en que si existiendo una deuda natural ó civilmente, el mismo deudor ú otro por él se compromete á pagar designando para esto el dia, este simple compromiso produce obligacion y se puede cobrar, con la accion de constituto. Este pacto pretorio es una generalizacion del Derecho Civil que tenia el mismo objeto que hemos indicado y que solo se usaba con los banqueros. Solo se refirió al principio á las cosas denominadas pecunia, pero despues Justiniano lo hizo estensivo á toda especie de cosas y aun refundió en una sola, las acciones *receptitio*, propias del pacto civil antiguo y la de constituto, derivada del pacto pretorio constituto.

Las constituciones imperiales dieron tambien fuerza obligatoria á ciertos pactos, derivándola del consentimiento, tales son entre otros: el pacto de dote y el de donacion. A estos pactos se dá el nombre de legítimos, cuando no se les ha señalado una accion particular se hacen efectivos, con la condicion *ex lege*.

Cuasi-contratos.

Las fuentes primitivas de la obligacion fueron los contratos y los delitos; mas como despues se encontrasen obligaciones que no nacia de esas fuentes, sino de otras, la Jurisprudencia siguiendo su sistema dijo, que estas eran como figuras variadas de aquellas, y esas nuevas obligaciones nacia *cuasi ex contractu, quasi ex delitu*, y de aquí los nombres: de *cuasi contrato, quasi delito*, de la Jurisprudencia moderna.

Las obligaciones que vamos á examinar, nacen como todas las demas, de un hecho que no puede ser llamado contrato, porque no habiendo un consentimiento sobre la obligacion verdadera, ni delito, porque nada tiene de inmoral y que es llamado *cuasi contrato*, *cuasi delito* porque se asemeja mas ó ménos al delito ó al contrato. Los hechos de que nacen estas obligaciones son la gestion de negocios, la tutela y la curatela, la comunidad de bienes, la aceptacion de la herencia y el pago de lo indebido. Cada uno de estos hechos se asemeja mas ó ménos á uno de los contratos que llevamos examinados. El fundamento filosófico de las obligaciones que produce cada uno de ellos, es en general el principio de que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro. En ciertos casos tambien es otro: estamos obligados á indemnizar el perjuicio que sufre por nuestra culpa. Como los juriscosultos, comprenden en los *cuasi contratos*, muchos de los deberes que nacen de las relaciones de familia y de sociedad tambien este otro: hay obligacion de aceptar lo que se hace en nuestro provecho.

Semejante al mandato son: la gestion de negocios, la tutela y la curatela; por eso las obligaciones que provienen de estos negocios, se parecen bastante á las que produce el mandato. La tutela tiene acciones propias, lo mismo que la gestion de negocios, á la curatela se aplican las acciones que nacen de la gestion de negocios.

Al contrato de sociedad, se asemeja la comunidad de bienes, ya provenga de una herencia dejada á varios á la vez, ya de otra causa cualquiera. Los que se encuentran en el caso de comunion, están obligados los mismo que si fuesen sócios.

Cuando la comuniones hereditaria, se tiene para disolverla la accion familia *ercisundæ* y si de otra causa, la accion *comuni dividundo*. Tambien se parece á la sociedad, la comunion que proviene de confusion de límites: en est caso hay la accion *finum regundorum*.

Está tambien obligado por *cuasi contrato*, el heredero respecto del legatario; sin embargo, este negocio no se asemeja

muy claramente á ninguno de los contratos que conocemos. (Hemos indicado ya los deberes del heredero y las acciones del legatario).

El que por error recibe en pago una cantidad que no se le debía, y que se le paga también por error, queda obligado á devolver esa cantidad como si la hubiera recibido en mútuo, y se le puede perseguir con la *condictio indebiti*; pero es menester que haya habido error por ámbas partes, porque si el que paga estaba obligado á hacerlo por obligacion natural, nada puede reclamar, y si el que recibe lo hace, sabiendo que nada se le debe dolosamente, se le puede reclamar lo pagado como si lo hubiera robado. También es menester que el que paga sea capaz de disponer de sus bienes; de lo contrario: siempre tiene derecho para vindicar lo que dió.

El pago de lo indebido se asemeja al mútuo, cuando se trata de cosas fungibles; pero no cuando se trata de otra especie de cosas, respecto de las que indudablemente no puede haber pagado indebido.

De la prestacion de la culpa.

Después de haber tratado de las obligaciones que nacen de los contratos y cuasi contratos, vamos á deducir de un exámen sintético, cual es la doctrina del Derecho Romano sobre la prestacion de la culpa.

Todo daño que sufre una persona, es producido por un caso fortuito ó por una fuerza mayor, ó por un hecho ú omision de otra persona. El caso fortuito y la fuerza mayor, á nadie obligan, á ménos que uno voluntariamente se comprometa á responder de ellos ó que provenga de nuestra culpa, no así los hechos ú omisiones en que podemos incurrir, que nos son imputables, siempre que no las hayamos practicado en uso de nuestro derecho.

Los hechos ilícitos y por consiguiente imputables, se dividen en dolo y culpa. Dolo, es el hecho ilícito practicado con intencion de perjudicar; y culpa, es todo hecho ú omision que no vá acompañado de intencion dolosa. Siempre se responde del dolo y no se podria convenir en lo contrario.

La culpa comprende los hechos perjudiciales, pero no dolosos y las omisiones de que debemos abstenernos, por consecuencia de nuestros compromisos anteriores. Estas omisiones son llamadas por los juriscónsultos, negligencia, y la práctica de los hechos que no debemos omitir, diligencia. La diligencia

cia toma el nombre de custodia, cuando se refiere á cosas corporales. Los jurisconsultos dividen la culpa, en grave, que se equipara con el dolo y que es conocida de *lata, latior, magna*, y culpa en genera, que es designada con los calificativos de *omnis, culpa, levis, levior* y en un solo pasaje con el nombre de culpa levísima. Estos diferentes modos de hablar de la culpa que emplean los jurisconsultos, provienen únicamente del estilo de cada uno, y de ninguna manera, de que ellos considerasen tres especies de culpa.

En la apreciacion de la culpa, emplean los jurisconsultos dos métodos: toman por término de comparacion, bien el carácter de los hombres en general, bien el del individuo particular, cuyos hechos se trata de calificar.

Para imputar la culpa, en los casos en que pueda existir, no han seguido los jurisconsultos una regla preexistente, sino que han procedido segun la naturaleza y las circunstancias de cada caso en particular.

Como se disuelven las obligaciones.

Las palabras *solvere, solutio*, espresan la disolucion de una obligacion de cualquier modo que se verifique, y particularmente la disolucion, por medio del cumplimiento de lo que se debe ó sea del pago.

El pago, tomando esta palabra en su sentido mas lato, es el modo ordinario de disolver las obligaciones, pero no el único, porque se introdujeron en la Jurisprudencia, otros análogos á los modos como se forman las obligaciones, por el principio jurídico de que es muy natural que las cosas se disuelvan del mismo modo que se formaron. Así pues, como hay obligaciones que se forman *re, verbis, litteris et consensu*; así tambien hay modos de disolver las obligaciones por la cosa, por las palabras, por la escritura y por el consentimiento.

La disolucion por la cosa, es el pago, aplicable á toda especie de obligaciones; pero el único que se puede aplicar á las cuatro obligaciones reales que conocemos, mientras conserven tal carácter. Al hacerse el pago, se debia cumplir el rito de la mancipacion, cuando se trataba de entregar cosas *mancipi* y ademas, cuando se debia pagar un legado por *damnationem*, ó una obligacion declarada por el juez, pero en los demas casos y en aquellos en que la obligacion re habia contraido *re*, no se usaba la mancipacion á ménos que se tratase de cantidades ciertas, *certa pecunia*. En tiempo de Justiniano, el pago se hacia naturalmente.

Se puede pagar una cosa por otra con acuerdo del acreedor, y tambien, con tal que los que concurren al pago sean todos capaces; y puede pagar una tercera persona, aun contra la voluntad del deudor.

Hecho el pago, termina no solo la obligacion principal, sine tambien todas las accesorias, como la fianza. Por las palabras se descubren las obligaciones verbales, mediante una estipulacion que se llama aceptilacion, en que se confiesa haber recibido lo que se prometió en la primera.

Es natural, pero no consta, que las obligaciones literales se disuelven por la escritura, mediante la inscripcion en el libro del deudor, de una partida contraria á la que se asentó en el libro del acreedor y que dió origen á la obligacion.

La aceptilacion, al principio solo producía su efecto directamente respecto de las obligaciones verbales, pero despues, Aquilio Galo la hizo aplicable á toda especie de obligaciones, convirtiéndolas previamente para este efecto, en una obligacion verbal, es decir, por medio de la novacion. La novacion es otro modo de disolver las obligaciones. Novacion es la trasfucion y traslacion de una obligacion en otra distinta. La estipulacion y el antiguo contrato *litteris*, producian antiguamente novaciones voluntarias, así come un proceso la producia forzosa, en la *litis contestatio* y en la sentencia; pero el modo ordinario y comun de novar, era la estipulacion.

Toda obligacion de cualquiera clase que sea, puede ser convertida en otra de la misma ó de diferente clase; pero es menester que el que promete en una estipulacion que se hace con el objeto de novar, tenga capacidad para prometer, y que la intencion de novar sea manifestada y espresada terminantemente.

Se puede novar, cambiando la persona del deudor, la del acreedor, la de ámbos á la vez y la causa del deber, y aun añadiendo algo á la primitiva obligacion.

Lo importante en materia de novaciones es saber si la segunda obligacion se subroga á la primera, ó si es distinta de ella: esto quedó al principio, á la intencion de las partes; pero despues, Justiniano quiso que no hubiese novacion mientras la voluntad de novar no estuviera claramente espresada.

Por el mútuo disenso, se disuelven las obligaciones consensuales, ántes de que hayan sido cumplidas, ó de que sea imposible su cumplimiento por una de las partes; esto, mientras las cosas están íntegras.

Son tambien modos civiles de disolver las obligaciones: la

destrucción de la cosa, sin culpa del que la debe, y la confusión.

A mas de estos modos civiles de disolver las obligaciones que producen su efecto directamente, hay otros introducidos por el pretor y por la Jurisprudencia que obran indirectamente y que se llaman excepciones.

LIBRO 4.º

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE LOS DELITOS Y DE LAS ACCIONES.

De las obligaciones que nacen de los delitos.

Despues de haber tratado de las obligaciones que nacen de los contratos y de los cuasi-contratos, vamos á ocuparnos de las que nacen de los delitos y cuasi-delitos, obligaciones que todas son reales.

En materia de delitos, sucedia en el Derecho Romano lo mismo que en la de los contratos: así como nó todo convenio era un contrato, sino solo aquellos que desde el principio merecieron este nombre, así tambien, no todo hecho ilícito era un delito, por mas que fuera practicado con intencion dolosa, sino aquellos á los que se dió este nombre y entre los cuales hay algunos que no suponen precisamente intencion maligna.

El hurto es el primer delito: consiste en la sustraccion fraudulenta de una cosa, con intencion de apoderarse de ella. Son condiciones esenciales del hurto: la sustraccion, la intencion de perjudicar á otro, y la intencion de sacar un provecho que no nos corresponde. Faltando alguno de estos requisitos, no hay hurto sino un hecho distinto.

Disputaban los Jurisconsultos romanos, sobre la division que podia hacerse del hurto. Justiniano lo divide en manifesto y no manifesto, diciendo que los otros dos miembros, de la division que se hacia antiguamente no son verdaderas clases de hurto, sino acciones que se dan contra él, en casos particulares. Disputaban tambien sobre la estension del hurto manifesto: sobre este particular habia cuatro opiniones, por una de las cuales se decide Justiniano.

Las obligaciones que nacen del hurto, no solo se refieren á

los que materialmente toman la cosa, sino tambien á todos los que con su asistencia y consejos (*ope et consilio*), contribuyen á que sea sustraída, pero no á aquellos que forman una familia con el dueño de la cosa robada.

Del hurto nacen la accion de hurto y la condicion furtiva, independientemente de la vindicacion de la cosa y de la accion *ad exhibendum*, que se derivan del mero hecho de la propiedad.

La accion de hurto es meramente penal: era segun las XII Tablas una accion capital para el ladron manifesto, ya fuese un hombre libre, ya fuese esclavo; pero despues el pretor le dió por objeto en el mismo caso, el cuádruplo del mayor valor que tuviese la cosa despues de robada. No se habla aquí del valor intrínseco de la cosa, sino de toda la utilidad que el dueño podia sacar de la cosa robada. Contra el ladron no manifesto, la accion de hurto se daba por el doble del valor de la cosa, la accion del hurto compete al que tiene interés en que la cosa no desaparezca, por tanto, algunas veces no se dá al dueño sino á aquel que es responsable de la cosa hurtada, siempre que esta responsabilidad pueda hacerse efectiva. Esta accion pasa á los herederos del robado, pero no se dá contra los herederos del ladron.

La condicion furtiva es para exigir el cumplimiento de la obligacion civil que nace del hecho de habérsenos quitado una cosa que nos pertenecia. Se reclama con ella la dacion de la cosa robada con todos sus accesorios y dependencias, y la indemnizacion de los perjuicios que el robo haya causado. Esta accion pasa á los herederos del robado y contra los del ladron, y se acumula sin inconveniente con la accion del hurto. La accion *ad exhibendum* se entabla, para proceder á la vindicacion, y se dá contra el que posee una cosa que nos pertenece, ó que con mala fé ha dejado de poseerla, con el objeto de que la exhiba, en una palabra, contra el que ha robado la cosa, aunque ya no la tenga en su poder y en caso de no exhibirla, pague el precio de la cosa y que podamos vindicarla.

Habia tambien otras cuatro acciones contra el *hurto furti concepti, furti oblati, furti prohibiti, furti non exhibite*, que al fin cayeron en desuso, estableciéndose, que los que recibian una cosa, á sabiendas de que era robada, tuvieran las mismas obligaciones que el ladron no manifesto.

De la accion de los bienes robados.

[RAPIÑA.]

En ódio á la violencia que se pudiera cometer al hacer un robo, estableció el pretor la accion *vi bonorum captorum*, para reprimirla mas de lo que ya lo estaba por la ley Julia, de fuerza pública y privada.

Esta accion que se dá en favor de los mismos á quienes se concede la accion de hurto, es decir á los que están interesados en que no se pierda la cosa, sirve para reclamar el cuádruplo del mayor valor real y no estimatorio que ella haya tenido un año despues de robada. En este cuádruplo se comprende el valor que está obligado á pagar todo el que tome una cosa sin ser dueño de ella, por el simple hecho de tomarla y por tanto esta accion es penal y persecutoria de la cosa á la vez; siendo este el motivo por el cual, aunque pasa á los herederos del robado, no se dé para nada contra los del que cometió la violencia.

Como un robo no deja de serlo, porque haya sido cometido con violencia, claro es que la accion de los bienes robados no escluye completamente la accion de hurto, sino que el robado puede elegir entre ámbas la que mejor le parezca, mas la accion de los bienes robados, escluye todas las demas de que se puede usar en concurrencia con la accion de hurto.

Esta accion solo es aplicable cuando hay dolo y no, cuando el que quiso por fuerza una cosa, lo hace en la creencia de que le pertenece; mas como los detentadores de la propiedad ajena pudieran escudarse con este principio, estableció Justiniano, que el que quitara por fuerza una cosa que le pertenecia, y el que la quitara sin pertenecerle, ademas de restituirla, estuviera obligado á pagar su valor.

Ley Aquilia.

Esta ley fué dada en tiempo de las disensionés entre patrios y plebeyos, con el objeto de castigar el daño que injustamente se causara á nuestras cosas, aunque no hubiera dolo, sino simplemente culpa en el daño causado. Tres capítulos tenia esta ley. El primero se refiera á los animales que se tienen en rebafios y á los esclavos: el que mata injustamente uno de estos animales ó un esclavo, proceda con dolo ó simplemente con culpa, queda obligado por el primer capítulo de la ley Aquilia, á pagar el mayor valor que hayan tenido en e

año anterior á su muerte. Este valor segun el espíritu de dicha ley, es el real; pero la interpretacion de los jurisconsultos romados, hizo que se considerase el valor relativo, el que un objeto tenia para su dueño.

La persecucion que establece la ley Aquilia por la muerte de un esclavo, es independiente de las que las leyes penales establecieron contra los homicidios.

El segundo capítulo de esta ley cayó en desuso: se sabe de positivo que se referia á la materia de las adstipulaciones, que tenia por objeto castigar la destruccion de un derecho de crédito que por medio de la aceptilacion, hiciese el adstipulador con perjuicio del estipulante principal.

La accion, que para esto daba el segundo capítulo de la ley Aquilia, tenia una ventaja sobre la de mandato, cual es la del doble del valor de la cosa que se referia al mismo caso. Cuando desapareció la institucion de los adstipuladores, se hizo inútil este segundo capítulo de la ley Aquilia.

El tercer capítulo castigaba toda especie de daño que injustamente se causase de cualquier modo á nuestras cosas, con tal que no estuviese previsto en los capítulos anteriores.

Pero la ley Aquilia solo se referia directamente al daño que se causase *corpore et corpóri*, y no al que se causara de otra manera; despues se aplicaba por equidad, es decir, se daba la accion útil de la ley Aquilia, contra el daño causado á nuestras cosas, pero no corporalmente, es decir, por una accion que no nos ponga, por decirlo así, en contacto con la cosa dañada, y se daba la accion *in factum* contra el daño causado de cualquier otro modo.

La accion de la ley Aquilia, como penal que es, se dá independientemente contra cada uno de los que han causado un mismo daño; pero no se refiere á los herederos, sino á aquello en que pudieran haber aprovechado, y produce el efecto particular de que se doble la condena, en el de negativa del demandado.

Al caso en que pueda entablarse la accion de la ley Aquilia, pueden tambien referirse otras acciones de muy distinta naturaleza y que de ninguna manera se entablaran al mismo tiempo que ella.

De las injurias.

La palabra injuria tiene diversos sentidos. En su acepcion mas general, es todo acto contrario á derecho: tambien significa 1º toda falta ó culpa con que se daña á otro; 2º la injusticia que comete el juez que decide contra derecho; y 3º y

este es el sentido especial en que se le toma en el título de que vamos á tratar, todo ultraje ó afrenta con que se agravia á otro.

La injuria se hace con palabras ó con hechos, que de cualquier modo afectan, directa ó indirectamente, nuestra dignidad, nuestro honor; esto es, que amenguan en algo las consideraciones que por nuestro estado merecemos en la sociedad, pero supone siempre intencion y conocimiento por parte de la persona que infiere la injuria,

La injuria es indirecta, cuando nos viene por la relacion en que estamos con la persona á quien inmediatamente se agravia; y por cuanto las injurias pueden ser indirectas, pueden tambien recaer sobre varias personas á la vez, cada una de las cuales tendrá que perseguir con derecho, independientemente de las demas, el agravio que se le ha hecho; sin embargo, las mugeres casadas y los hijos de familia, no podian perseguir por si mismos las injurias que se les hubiese hecho, sino que al marido ó al padre correspondia entablar esta accion.

Todos son capaces de recibir injurias, excepto los esclavos: sin embargo por medio de estos se puede injuriar á los amos. El pretor en proteccion de los esclavos, estableció una accion de injurias, que se entablaba de pleno derecho, cuando el esclavo hubiese sido atormentado ó flajelado, aun sin intencion de agraviar al amo y que solo se concedia con conocimiento de causa por hechos ménos graves que los ya indicados.

La prosecucion contra las injurias fué establecida por la ley de las XII Tablas, por el edicto del pretor y por la ley Cornelia. La primera castigaba con la pena del talion ciertas injurias graves, y las demas, con penas pecuniarias, que eran indicadas por la persona agraviada y que el juez moderaba, si lo creia conveniente.

El pretor abolió la pena del talion y dejó vijente la pecuniaria, que se aplicaba en proporcion á la dignidad de la persona injuriada, si esta era libre, y á la situacion ó importancia del esclavo, si contra este se habia dirigido la injuria. La ley Cornelia, que probablemente es la misma que se llama Cornelia de *Sicaris*, se referia solo á tres clases de injurias graves que son; haber sido arrojado en tierra, haber sido golpeado, ó habersele violado su domicilio; y en el castigo de estas injurias, procedia segun el sistema general.

La injuria se reputa atroz, por la naturaleza del hecho en que consiste, por el lugar en que se hace, por la persona á

quien se infiere y por la misma parte de nuestro cuerpo afectado por la injuria. La atrocidad de la injuria producía importantes consecuencias bajo varios aspectos.

La persecucion 'contra las injurias se hacia civil y criminalmente: lo primero, para la indemnizacion del agraviado, por medio de la pena pecuniaria y lo segundo, para el castigo del criminal, por medio de la pena pública que solia ser muy grave. La accion de injuria prescribe por disimulacion, por el trascurso de un año sin entablarla, y por muerte del agraviado en el mismo caso.

Puede decirse que á mas de estos delitos, hay otros hechos considerados, unos por las XII Tablas, y otros por la legislacion posterior, que merecen el mismo nombre, por cuanto se ha establecido contra ellos, una accion particular. Era un principio en la Jurisprudencia Romana, que cuando se cometian diferentes delitos, por mas relacionados que estuviesen las acciones dadas contra ellos, permanecian indiferentes en lo relativo á la persecucion civil.

Quasi-delitos.

Cuando se practica un hecho, que por ser ilícito, no puede ser comprendido en la clase de los contratos y quasi-contratos, pero que tampoco se le puede llamar delito por cuanto no se ha establecido una accion particular para perseguirlo, se incurre en el caso de la accion *in factum*, se comete un *quasi-delito*, nombre que se dá en la Jurisprudencia Romana, á ciertos hechos ilícitos que producen obligacion, como si fueran verdaderos delitos, y que sin embargo, no llevan este nombre, ni el de contratos y quasi-contratos.

El primer quasi-delito que examina el texto es el que comete el juez que hace suyo el pleito, esto es que por dolo ó ignorancia, sentencia mal. No quiere decir esto que en el Derecho Romano no hubiese otros recursos contra las sentencias injustas: habia el de apelacion, y el de hacer en ciertos casos, comenzar la causa de nuevo, como cuando se ha violado la ley del caso, ó habia sido sobornado el juez; recurso que podia emplearse aun, en el caso de no haber apelado y aun en el de haber perdido el derecho de hacerlo, porque siempre y en todo caso, se tenia la accion *in factum*, para hacer condenar al juez, que habia sentenciado mal, en lo que se estimase la causa.

Tambien está obligado por *quasi-delito*, el dueño de una

cosa, de la que se ha vertido ó arrojado algo con que se ha perjudicado á un transeunte y tambien el que pone ó suspende una cosa en el camino público, de manera que pueda causar perjuicio á los que transitan por él. La accion en este caso, así como en el que se haya muerto á un hombre libre, es popular.

Ultimamente, responden por cuasi-delito, los dueños de buques, mesones, establos, por los daños que sufran las cosas que se les ha entregado, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurre el individuo mismo que causa el daño.

Acciones.

Toda legislacion tiene tres partes esenciales: el derecho, la organizacion del poder encargado de hacerlo efectivo y el procedimiento que se sigue con ese objeto.

De estas dos últimas partes de la Jurisprudencia Romana vamos á dar algunas nociones generales.

El sentido propio y natural de la palabra accion es el acto de recurrir á la autoridad para realizar nuestros derechos; pero á mas de este sentido, la palabra accion tiene otros dos, y son: el derecho mismo de recurrir á la autoridad con el fin dicho, y el procedimiento, la fórmula que se debe emplear para alcanzarlo. A mas de éstos, tiene todavia otros en la Jurisprudencia Romana que varian segun los sistemas de procedimientos que vamos á examinar.

Estos sistemas son tres: el de las acciones de la ley, el de procedimiento por fórmula, llamado tambien juicio ordinario y el procedimiento extraordinario.

El primer sistema que caminó legalmente hasta la publicacion de la ley *Æbutia* (siglo VII ó VI de Roma), revela todos los caracteres de una civilizacion primitiva: simbolismo material, influencia sacerdotal y ritualidad de pantomimas, dominacion patricia y palabras consagradas.

El segundo, debió su nombre al nombramiento del pretor de los extranjeros, y duró hasta los tiempos de Diocleciano [sig'lo XI de Roma]; por la influencia de este sistema, perdió el primero toda su rudeza y esclusivismo, quedando convertido en sistema filosófico y comun á todos los Romanos. Su existencia legal la debió á la ley *Æbutia*, no obstante que comenzó á existir desde mucho ántes; pero con esta ley no quedó completamente derogado el primer sistema sino que de él quedaron trazas hasta el tiempo de Justiniano. El tercer sis-

tema pasó de las provincias donde estuvo vigente en tiempo de Diocleciano, á dominar en todo el imperio romano. De este sistema se derivaron los sistemas modernos de procedimiento.

Primer sistema.—La palabra accion significa, en este sistema especialmente, todo procedimiento considerado en conjunto. Hay cinco acciones de la ley bajo este sistema: *actio sacramenti*, *judicia postulatio*, *condicti*, *manus injectio* y *pignoris capio*. No todos tienen el mismo objeto, ni fueron establecidos al mismo tiempo. A este sistema se refieren y no á los demas, los principios: de que solo los ciudadanos romanos, pueden figurar en las acciones de la ley; de que no se puede proceder por medio de procurador, salvo ciertos casos especiales; y de que la pronunciacion de las palabras sacramentales es trascendental. Dadas estas nociones, haremos conocer la organizacion de la jurisdiccion de esta época.

Es indudable que existió desde los primeros tiempos de Roma, una distincion profunda en las atribuciones del poder encargado de la administracion de justicia; dos órdenes de funcionarios tenian esta mision: el majistrado y el juez; las atribuciones del primero están concretadas en estas palabras: *jurisdictio é imperium*. La jurisdiccion es la declaracion del derecho, ya para todos en general, por medio de edictor, ya para casos determinados. Todas las manifestaciones de la jurisdiccion se espresan con estas palabras: *do, dico, addico*. El imperio es el derecho de disponer de la fuerza pública, para hacer cumplir sus disposiciones. Las atribuciones del juez son: juzgar, sentenciar y adjudicar; lo que se practica ante él, se hace en *juditio*, asi como lo que se practica ante el majistrado se hace *in jure*.

Los magistrados fueron en esta época: primero, el colegio de los pontífices y el rey como primer pontífice; despues los cónsules y mas tarde, el pretor. Los ediles curales tambien fueron majistrados, para lo relativo á las ventas. En los municipios, en las colonias y en las provincias que comenzaron á existir por estos tiempos, fueron majistrados los jefes superiores de ellas.

Dos especies de jueces hay en esta época, unos constituidos en colegio permanente: los decemviros y los contumviros; y otros nombrados para cada caso en particular, los jueces y los árbittros.

El juez debia precisamente ser uno y era tomado de la clase senatorial; algun tiempo despues de suprimidas las accio-

nes de la ley, fueron elejidos los jueces de la clase de los patricios: los árbitros, por la naturaleza de los asuntos para que se les nombraba, parece que debian ser elejidos con mas amplitud; sin embargo, esto está en duda: podia elegirse uno solo, pero tambien podian elejirse tres y cinco para ciertas causas, segun aparece en las XII Tablas. La creacion de los centumviros es posterior á la de los jueces y árbitros; es probable que debiese su existencia á la reforma que Servio Tulio hizo de la constitucion política de los Romanos; pero sobre lo que no cabe duda es que era una institucion democrática que comprendia en su seno á los decemviros. Sus atribuciones eran, conocer de todas las cuestiones, sobre estado de los ciudadanos sobre propiedad y sus desmembramientos, y sobre sucesiones testamentarias. Merced á este tribunal eminentemente quirritario, se conservaron trozos de este primer sistema hasta los tiempos del imperio. Cumplido el rito de la accion de la ley ante el majistrado que era nombrado por el pueblo, si él no terminaba la cuestion, pasaba esta segun su naturaleza, ante uno de los jueces, elejidos por las partes.

Daremos á conocer en lo que consistia cada una de las acciones de la ley. La *actio sacramenti*, que es la mas antigua de todas, que durante algun tiempo se aplicó exclusivamente á toda especie de asuntos y que es la que mas revela el carácter de la civilizacion naciente de los Romanos, es tambien la que subsistió por mas tiempo y la que nos es conocida, no obstante que las acciones *judicis postulatio* y *condictio*, fueron precisamente introducidas con el objeto de eludir un tanto el rigorismo material de la accion *sacramenti*. El sacramento consiste en el depósito solemne de cierta cantidad (de quinientos ó cincuenta ases), segun el valor del objeto litigado, sea de mil ases ó ménos, que los litigantes hacen en manos de los pontífices, provocándose á ellos con palabras sacramentales: cantidad que será perdida en beneficio del culto público, por el que pierde el pleito.

El pretor admitió despues en lugar del depósito material de la cantidad mencionada, la obligacion de pagarla, garantizada con fiadores que se llaman *proedes sacramenti*.

La decision del pleito por el juez consiste en declarar que el sacramento de tal ó cual es injusto: de donde se deducia que á mas del sacramento, perdía el objeto litigado.

En cuanto al rito que se debia cumplir para la constitucion del sacramento, bástenos con decir que no era el mismo cuando se trataba de un objeto material, que cuando el objeto era

cuestion, era inmaterial, y que sufrió distintas modificaciones que tendian á hacerlo mas fácil.

De la accion *judicis postulatio*, el cumplimiento de la accion *sacramenti*, exijia una determinacion precisa, por ambas partes contendientes del objeto en cuestion, de tal manera que la menor inexactitud sobre esta particular, causaba la pérdida del pleito. Semejante determinacion era imposible, cuando la cuestion exijia cierta apreciacion de los derechos respectivos de los litigantes. Ademas la accion *sacramenti* exige para su cumplimiento, la presencia del objeto real demandado; de suerte que cuando este objeto está oculto, la accion no puede cumplirse. Todos estos obstáculos, dieron margen á una segunda accion de la ley mas sencilla que consistia simplemente en la peticion que con palabras sacramentales se hacen *in jure*, de un juez, cuyas atribuciones eran las de un verdadero árbitro, que no se limitaba como el juez de la accion *sacramenti*, á decidir simplemente si era justo ó injusto el sacramento de uno de los litigantes sino que apreciaba en toda su estension los hechos que motivaron el litigio. Son desconocidas las formalidades con que se pedia este juez.

Los casos en que se aplicaba esta accion fueron determinados sucesivamente: pueden reducirse á todos aquellos en que hay derechos recíprocos, que es necesario apreciar, ú obligaciones cuya estension no puede ir determinada, sino atendiendo á la buena fé. Asi la accion *sacramenti*, queda reducida á las cuestiones sobre derechos reales: propiedad, sucesiones y estado de las personas, y obligaciones sobre cantidades y cosas determinadas.

Accion condictio.—Mucho tiempo despues, probablemente en el siglo VI, se introdujo esta nueva accion que consistió en la notificacion solemne que hace el demandante al demandado, para que en el término de treinta dias, se presente ante el magistrado á recibir un juez que decida la cuestion.

Se duda, aunque sin razon, sobre si esta denuncia se hacia ó no *in juri*. Esta accion se aplicó primero, á las obligaciones de cantidades ciertas y poco despues, á las de toda clase que fuesen ciertas, entendiéndose por tales, las que pueden ser determinadas por su cantidad y calidad. Son tambien desconocidos los ritos de esta accion.

Accion per manus injectionem.—Pronunciada una sentencia es necesario cumplirla. Si la sentencia ha recaido sobre un derecho real, es fácil poner al vencedor en posesion del derecho, empleando si fuese menester la fuerza pública, pero

si la sentencia no ha hecho mas que declarar una obligacion, la Jurisprudencia Romana reconoce para hacerla efectiva, un procedimiento general, la accion *injectionem*, y otra, aplicable solo á ciertos casos, la accion *pignoris capio*.

La accion *per manus injectionem*, es un procedimiento contra la persona del obligado, y es el medio de ejecucion mas antiguo de la ley romana; se usaba para el cumplimiento de las sentencias y para hacer efectivas las deudas confesadas. Confesada una deuda, se tenia treinta dias para pagarla: pasado este término, era conducido el deudor á presencia del magistrado donde, si no pagaba inmediatamente ó constituia un fiador, debia constituirse en esclavitud de hecho (*ad dictus*) por el término de sesenta dias, durante los cuales, debia ser conducido á presencia del magistrado por tres dias consecutivos y de nueve en nueve, vencido este último término, si es que no se hubiese efectuado el pago, el deudor caia en esclavitud de derecho: sufría *capitis minutio máxima*.

Podia suceder, que aun no tratándose de cumplir una sentencia dada ó una deuda confesada, tuviesen las partes alegaciones que hacer; estas alegaciones eran resueltas por el mismo magistrado, ante quien se hacian, y asi la accion *manus injectionem*, dejaba de ser una accion puramente ejecutoria. Este órden de procedimiento se aplicó despues á muchos casos.

La accion *pignoris capionem*, no era propiamente una accion de la ley, porque se cumplia en ausencia del magistrado y muchas veces sin consentimiento del deudor: consistia en que el acreedor tomaba y retenia en su poder una prenda del deudor, hasta que este pagase la deuda; pero se aplicaba únicamente á ciertos casos relativos al servicio militar, á los sacrificios religiosos y al interés del Estado.

Segundo sistema de procedimiento por fórmulas.—La necesidad de reformar el procedimiento, no habia quedado satisfecha con la introduccion de las dos acciones de la ley *judicis postulatio* y *condictio*. Esta reforma no se verificó, sino cuando el procedimiento primitivo quiritarario, fué subrogado completamente por el procedimiento mas natural y sencillo, que se usaba entre los estrangeros.

En efecto, el pretor de los estrangeros para resolver las cuestiones que eran de su competencia, no se sujetaba ni podia sujetarse al Derecho Civil de los Romanos, ni menos al procedimiento civil, que se habia admitido entre ellos. Instruido de la cuestion por las relaciones de los interesados, la

espresaba en sus mas sencillos términos y formulada asi, la remitia ante tres ó cinco jueces, elejidos en el acto indistintamente de entre todos los circunstancias, autorizándolos para que ellos la resolviesen. Como en estas cuestiones, por cuanto en ellas uno de los interesados por lo menos era extranjero, no podia tratarse de la propiedad quiritaria, ni de ninguno de sus desmembramientos, esos jueces no podian declarar la propiedad y por esto probablemente las sentencias que daban recaian siempre sobre cantidades de dinero, aunque la cuestion rodase sobre otra cosa muy distinta.

Poco á poco, este sistema de procedimiento fué introduciéndose en las costumbres de los ciudadanos romanos; siendo los pretores los que para realizar esta modificacion, fueron conformando insensiblemente el sistema de los extranjeros con el de las acciones de la ley hasta tal punto, que cuando la ley *Æbutia* ordenó la supresion de las acciones de la ley, se hizo insensible el tránsito de este sistema, al sistema formulario. Como es fácil comprender, este sistema conservó muchos restos del anterior.

Organizacion de la jurisdiccion bajo este sistema.

En Roma continuaron administrando justicia los pretores cuyo número llegó hasta diez y ocho, y fueron tambien establecidos los ediles, el prefecto de la ciudad y el prefecto pretorio. En las provincias, eran majistrados los jefes de ellas; tenian distintos nombres y acostumbraban estos trasladarse á las ciudades principales de su provincia, á administrar justicia: las sesiones que con este objeto tenian, se llamaban *conventus*.

Como jueces existian: el *judex*, el *arbitro*, los *recuperadores* y el colegio de los *centumviros*, que se conservó para ciertos casos, pero que al fin desapareció.

En este periodo tanto los prefectos de la ciudad, como los de las provincias, nombraban cinco decenas de jueces elegidos, la primera decena entre los senadores; la segunda entre los caballeros, la tercera entre los militares, y las otras dos, entre los demas ciudadanos. Los majistrados y los jueces, acostumbraban oír en todas las cuestiones, el dictámen de los *jurisconsultos* que mas fé merecian.

Desde que el sistema formulario fué definitivamente admitido entre los Romanos, la ciencia tomó á su cargo el desarro-

No de las fórmulas para hacerlas aplicables á las cuestiones civiles de los Romanos. Así, estas fórmulas que al principio solo se componian de dos partes: la indicacion de los hechos de la cuestion y la autorizacion para resolverla, condenando ó absolviendo, se compusieron despues, de cuatro partes principales y otras accesorias, que despues señalaremos.

Bajo este sistema de procedimiento, el punto primero y el capital de toda cuestion era redactar la fórmula: sus elementos eran debatidos por los interesados ante el magistrado, indicando cada uno de ellos las proposiciones, que mejor expresaban sus pretensiones en el juicio, y aceptándolas ó rechazándolas el magistrado, quien á su vez, incluía las que tenia por conveniente. Acomodado así á la cuestion una de las fórmulas que los jurisconsultos tenian redactadas con admirable precision y exactitud, el negocio pasaba á un juez para que él lo resolviese.

Cuatro eran las partes generales de las fórmulas; pero no todas ellas eran esenciales: la primera llamada *demonstratio*, en que se indicaba el objeto litigado y el fundamento de la pretension del demandante no tenia cabida en cuestiones como la reclamacion de la propiedad, en que bastaba indicar el derecho para que la pretension se hallase suficientemente fundada; y esta misma parte se refundia con la segunda, llamada *intentio*, cuando la cuestion era de hecho y no de derecho.

En la segunda que se llamaba *intentio*, se reasumió la pretension del demandante y se fijaba la cuestion jurídica que se debía resolver. Esta es la parte indispensable de la fórmula.

En la tercera llamada *adjudicatio*, se autorizaba al juez para adjudicar la propiedad; pero solamente cuando se trataba de uno de los tres juicios divisorios. Esta accion no se encuentra mas que entre las acciones especiales, las acciones *familix, ercisundæ, communi, dividundo y finicem secundorum*.

En la cuarta, *condemnatio*, se autorizaba al juez para resolver la cuestion, absolviendo ó condenando al demandado. Esta parte no tiene lugar cuando se trata simplemente de obtener una declaracion judicial: entónces se le designaba simplemente *præjudicium*.

El principio de que bajo este sistema, toda condena debía precisamente ser pecuniaria (aunque una vez admitido entre los ciudadanos romanos, se tratase de resolver por medio de él, cuestiones de propiedad y de obligaciones civiles), si bien producía las ventajas de graduar todas las obligaciones, y de

hacer mas fácil la ejecucion de una sentencia, no dejaba de producir el gravísimo inconveniente, de que en las cuestiones sobre restitucion de la propiedad y otras semejantes, no se obtuviesen, lo que se reclamaba, sino cosa muy distinta. Bien pronto se remedió este inconveniente, autorizando al juez, para que si el demandado, de grado ó por fuerza no restituía, en virtud de una orden suya (*iusus*) le condenase á pagar lo que estimase conveniente el demandante. Esta autorizacion se incluía en la *intentio* ó en la *condenatio*, pero no era considerada como parte distinta de la fórmula.

Las partes accesorias aunque de las fórmulas estuvieron redactadas por los juriconsultos con minuciosidad, prevision y exactitud admirables, no era posible que todas las cuestiones y cada una de ellas estuviesen espresadas perfectamente en una de las fórmulas: de aquí la necesidad de que el demandante hiciese añadir á la fórmula una cláusula con el objeto de circunscribirla á los términos precisos de su demanda. Esta cláusula regularmente se ponía ántes de toda fórmula y cuando mas se inclina en la *demonstratio*, y por esto se le daba el nombre de *praescriptio*.

El demandado por su parte, podia tambien tener necesidad de añadir prescripciones á la fórmula con distintos objetos, ya presentando cuestiones previas en general, ya indicando en particular, que por el solo trascurso de cierto tiempo no tiene lugar la demanda que se le ha entablado. (Estas prescripciones han conservado su nombre) Estas prescripciones propuestas por el demandado, son restricciones puestas al ejercicio de la accion entablada y por esto el juez debia verificarlas ántes de pasar á examinar la accion.

Excepciones.—Una demanda apoyada en los principios del Derecho Civil podia traer una condenacion injusta, en razon de ciertas circunstancias que el pretor ó la Jurisprudencia tiene en consideracion. Para precaver esta injusticia, el pretor no negaba la accion, sino que á continuacion de la *intentio*, ponía una cláusula en que se espresaban estas circunstancias, de suerte que la condena se hacia doblemente condicional: dependia primero, de la verdad de la *intentio* y segundo de la verdad de esta cláusula acusoria, que se llamaba *exceptio*. De la misma naturaleza que esta, podia el demandante agregar otra contraria esta es la *replicatio* y siguiendo el mismo orden de ideas, se comprenden la *duplicatio* y la *triplicatio*.

Division de las acciones.—Hay tantas acciones distintas,

como derechos reclamables y se puede hacer de ellas diferentes divisiones. La primera division que se hace de las acciones y que pertenece á todos los sistemas de procedimiento y á todas las legislaciones es en reales y personales. Para definir estas acciones, es menester fijarse en la naturaleza misma de los derechos y no en un hecho secundario, como se hace cuando se dice que accion real, es la que se dirige contra cualquier poseedor.

Por lo mismo que esta division está fundada en la naturaleza de los derechos que se ventilan, se refiere tambien al modo como está redactada la fórmula. Así, un derecho real no puede dar lugar sino á una fórmula redactada *in rem*, es decir, á una fórmula en que solo se hace mencion del demandante y de la cosa que se demanda: de la misma manera un derecho personal dá lugar á una fórmula redactada *in personam*, en que se hace mencion de los litigantes y del objeto en cuestion.

Hay tres acciones que se llaman mixtas; pero en la época de que nos ocupamos no se les puede aplicar este calificativo. Es inútil advertir que esta division comprende á todas las acciones, cualquiera que sea su origen.

Otra division de las acciones.—Acciones *in jus, in factum, directas, útiles, ficticias, y præscriptis verbis*.

Cuando este sistema formulario era propio y esclusivo de los extranjeros, todas las fórmulas estaban redactadas *in factum*, porque no tratándose en ellas de ninguna cuestion de derecho, no se hacia mas que indicar los hechos en cuestion y la sentencia que debia darse: es decir, que las fórmulas entonces solo tenian dos partes; pero cuando ese sistema fué admitido entre los ciudadanos, las fórmulas en que se planteaban las cuestiones civiles suscitadas entre ellos, eran redactadas *in jus* y podian componerse hasta de cuatro partes, como lo indicamos.

Aunque las fórmulas *in factum* se aplicaron en su origen solamente á las cuestiones de los extranjeros, el pretor las usó despues aun en los litijios de los ciudadanos, con distintos objetos 1º para conceder las acciones civiles á personas que no pueden ejercerla segun el rigor del derecho, 2º para proveer de accion ó derechos introducidos por él mismo, 3º en fin, para hacer estensivas las acciones civiles á casos que estrictamente no estaban comprendidos en ellas. En todos estos casos redactaba *in factum* la fórmula que originariamente se redactaba *in jus*. Estas acciones unas reales y otras persona-

las, aplicadas á casos que estrictamente no estaban comprendidos en su esfera, se llaman acciones útiles, en contra posición á las otras que se llaman directas. Pero es necesario tener presente que el calificativo de útil se aplica á casos análogos.

En los dos últimos casos, de los tres arriba señalados, el pretor unas veces concedía acciones *in factum* y otras concedía las mismas acciones civiles, partiendo del supuesto de que se habían cumplido todos los requisitos de la ley. Estas son las acciones que se llaman *ficticias*, que al mismo tiempo son útiles, cuando se conceden por analogía á casos semejantes.

Las acciones *in factum* que nacen de las cuatro clases de contratos que se llaman inmediatos, toman el nombre de acciones *in factum præscriptis verbis* ó simplemente *præscriptis verbis*.

Tercera division.—*Acciones de estricto derecho, de buena fé y arbitrarias*. Esta division tambien está ligada á la redaccion de la fórmula, pero se refiere especialmente á la extension de los poderes que en ella se conceden al juez. Desde la época de las acciones de la ley, los negocios que eran peculiares á las acciones sacramento y condicion, se dividian con la mayor estrictez; lo contrario de lo que sucedia en los que se ventilaban por la accion peticion de juez.

Admitido el sistema formulario se conservó la misma diferencia en la manera de resolver los negocios: si se trataba de una obligacion unilateral sobre cosa cierta ó incierta, la fórmula se redactaba con estricta sujecion á la ley, y el juez no podia separarse en un ápice de ella; estas son las acciones de estricto derecho. Si por el contrario, la cuestion era sobre una obligacion bilateral, el juez era autorizado en la fórmula á tomar en consideracion todas las circunstancias que la equidad no debe desatender y que la ley no tenia presentes, estas son las acciones de buena fé; por lo visto, en estas dos clases de acciones no están comprendidas las acciones reales, que en los últimos tiempos del sistema anterior, eran la aplicacion esclusiva de la accion *sacramenti*. Estas acciones forman en esta division, la clase de las acciones que se llaman arbitrarias, porque en ellas se autorizaba al juez para que á su arbitrio condenase al demandado en la cantidad que tuviese á bien, si no restituia lo que se le demandaba.

Esta division solo se refiere á las acciones redactadas *in jus*, porque respecto de las redactadas *in factum*, como estrañas que son á las cuestiones de Derecho Civil, no pueden ser ni de buena fé, ni de estricto derecho; sin embargo, las acciones

in factum que se refieren á derechos reales, son por su naturaleza arbitrarias; pero las demas, aunque estrañas á la estrictez del Derecho Civil, no pueden ser llamadas de buena fé, porque en ellas no puede siempre el juez hacer ciertas apreciaciones que son la esencia de las acciones de esta naturaleza. La estension de los poderes del juez en esas acciones, depende de la naturaleza del hecho sometido á su autoridad y de la condena que se le ha señalado.

Acciones lejitimas y acciones comprendidas en el imperio del magistrado.

A pesar de la admision completa del sistema formulario, quedaron algunas diferencias entre los juicios que se seguian entre extranjeros puramente: los primeros eran calificados de juicios lejitimos y producian los efectos de que una vez organizados, duraban al principio perpetuamente y despues, por la ley Julia judiciaria, solo diez y ocho meses, y de que el derecho en virtud del cual habian sido establecidos, se convertia en la obligacion de seguirlos hasta su conclusion, y de someterse á la sentencia que en ellos se diese. Los segundos eran llamados juicios contenidos en el dominio del magistrado, por lo que solo duraba lo que duraba este poder, y no estinguian el derecho que lo habia promovido. Debe tenerse presente que las consecuencias injustas que de estos principios se derivan, todas eran salvadas por la equidad del pretor.

Procedimientos extraordinarios.—Son todas las medidas que el magistrado tomaba por sí, sobre asuntos de muy distinta naturaleza y sin que hubiese remision del negocio á un juez. Entre estos procedimientos extraordinarios se cuentan principalmente las *restituciones* y la mision en *posesion*. Las restituciones, que en definitiva consisten en volver las cosas al estado que tenian ántes de cualquier suceso, no las concedia el pretor sino en último resultado y cuando la equidad lo hacia indispensable. En favor de los mayores de veinticinco años solo se concedian, cuando habia habido dolo, error, miedo fuerza ú otra causa bastante á juicio del pretor; los menores de esa edad la obtenian sin mas razon que el no haber sido autorizados por el curador para la celebracion del negocio en que han sido perjudicados.

Estas restituciones son distintas de las acciones accesorias que se conceden con objetos tambien restitutorios, como las acciones de dolo *cod metus causa*.

La mision en posesion de la universalidad de los bienes ó

de cosas singulares de un individuo, la usaba el pretor en garantía de derechos eventuales ó para levantar la contumacia del reo. Esta posesion no es mas que la custodia de los bienes: de ella se puede pasar á la venta de los bienes ó á la posesion civil de ellos, en virtud de un segundo decreto del majistrado.

Vias ejecutivas usadas en el sistema formulario.

Toda sentencia en este sistema es pecuniaria; por eso, salvo los casos de las acciones arbitrarias, se trataba siempre de hacer pagar una cantidad de dinero. Las acciones ejecutivas del anterior sistema: *pignoris capio* y *manus injectio*, probablemente se usaron algun tiempo, bajo este sistema, y cuando desaparecieron en virtud de una ley Julia, mas bien se trasformaron en otra cosa. La accion *manus injectio* subsistió hasta Justiniano, aunque no con su rigor primitivo; despues de los plazos legales, el deudor era llevado por decision extraordinaria del majistrado, á casa del acreedor, donde permanecia en prision hasta que pagara con sus servicios. Esta prision no afectaba la libertad del condenado, ni la sentencia se extendia á los hijos. Los emperadores Zenon y Justiniano prohibieron las cárceles privadas y las sostituyeron con las públicas; pero siempre en la prision se tenia por objeto la servidumbre del reo.

El procedimiento ejecutivo propio de este sistema es, la mision *in possessionem*, introducida por el pretor para subrogar la *manus injectio* del anterior sistema. Trascorrido el plazo de treinta dias, que desde el anterior sistema se concedia despues de confesada ó declarada la deuda para pagarla libremente, el deudor era llevado ante el magistrado en virtud de una órden suya, en la que mandaba ademas, que la universalidad de los bienes del deudor fuese poseida por los acreedores y que se anunciase públicamente la venta de esos bienes. Todo esto duraba sesenta dias, cumplidos los cuales, se adjudicaba la universalidad de los bienes al que ofrecia mayor dividendo en favor de los acreedores, y por este solo hecho quedaba el deudor *capiti minuado*, y como tal, libre completamente de todas sus deudas pasadas, aunque no hubiesen quedado pagadas del todo. Esta es la *emptio bonorum*, muy distinta ciertamente de la *cessio bonorum*, que se aplicaba en favor del fisco, contra los que eran sentenciados en virtud de acusacion pública criminal.

Por una ley Julia se introdujo la *cessio bonorum*, probablemente solo en favor de los deudores desgraciados y de buena fé: por ella se evitaba todo *capitis minutio* y en general todo efecto que la sentencia condenatoria pudiera producir sobre la persona del condenado; pero por lo mismo que este continuaba siendo el mismo no quedaba libre de las deudas sino en la parte pagada: bien es cierto que despues no podia ser obligado á pagar sino lo que buenamente pudiera. Un jurisconsulto anterior á Marco Aurelio, introdujo la *distractio bonorum*, en beneficio de las personas ilustres, para evitarles siempre la pérdida del estado que producía la *emptio bonorum*. Este principio se hizo general bajo el tercer sistema de procedimiento. Tambien habia otro medio de ejecucion, que se referia no á la universalidad de bienes, como los indicados hasta aquí, sino á otras circunstancias, cuando para pagar la deuda, bastaba con algunos bienes del deudor; unas constituciones imperiales sancionaron que el pretor se apoderase de esos bienes, y que si dos meses despues de estar estos bienes como en prenda, no pagaba el deudor, se vendiesen para hacer el pago con el valor de ellos. En esto debia el pretor seguir este órden: los muebles, los inmuebles y derechos.

Estos medios de ejecucion, se empleaban en el supuesto de que no hubiese contradiccion sobre la existencia de la sentencia, porque, si la habia, trascurridos los treinta dias que en todo caso se conceden para que se haga voluntariamente el pago, se dá la accion *judicati*, para que el juez averigüe, si existe realmente la sentencia, y en caso de afirmativa condenar en el doble por via de castigo. El que motiva esta accion, está obligado á dar la caucion de *judicatum solvi*.

Resúmen del procedimiento bajo este sistema.—El llamamiento á derecho continúa como acto privado; pero ya se reconocen medios de quebrantar la contumacia del que se niegue á comparecer al tribunal: tales son, la toma de prenda, y la dacion de una accion, para pedir una pena pecuniaria.

El demandante debe instruir al demandado acerca de sus pretensiones antes de constituirse *in jus*, esta es la denuncia de la accion. Preséntese en el tribunal el demandante y pide ó señala la fórmula que conviene á su derecho; el demandado puede desde luego, entrar en debates sobre la fórmula, ó pedir un plazo para deliberar: si toma este segundo partido, se compromete de distintos modos á volver el tribunal; esto es el *vadimonium*. Resuelto por el magistrado que hay derecho para mandar, si el negocio no es de los que por su natu-

raleza pueden ser resueltos *extra ordinem*, se procede á redactar la fórmula, y con ella ocurren los interesados donde el juez. Esto es lo que bajo este sistema se llama *litis contestatio*.

Con la *litis contestatio*, quedan definitivamente el juez, las partes y la cosa litigada, y el derecho, en virtud del cual se entabló la demanda ha sido novado, ha quedado convertido en la obligacion de seguir el juicio hasta su conclusion y de conformarse con la sentencia. Semejante novacion no se verifica, cuando el derecho que se ventila es un derecho real, ni cuando la cuestion es simplemente de hecho, y para rechazar las reclamaciones posteriores que se pudieran intentar, fundándose estos derechos que permanecian vijentes á pesar de estar en estado de juicio, se tenia la excepcion de *rei in iudicium deducta*.

Pasada la cuestion, el juez procede á la averiguacion de los hechos, valiéndose de los diferentes medios de prueba, y si la cosa está bien averiguada á su juicio, pronuncia la sentencia, que como ya sabemos, es siempre pecuniaria. Pronunciada la sentencia, hemos dicho que se vuelve al magistrado para que la haga cumplir.

Tres medios se reconocieron bajo este sistema para reclamar contra las sentencias pronunciadas por los jueces: la nulidad, la destitucion y la apelacion, que bajo su forma especial fué establecida por Augusto.

Tercer sistema: procedimiento extraordinario.—Poco á poco, fueron haciéndose mas numerosos los juicios extraordinarios, por ser el medio mas sencillo de resolver las cuestiones. Diocleciano mandó á los presidentes de las provincias que se ocupasen del procedimiento ordinario aunque no completamente, permitiendo únicamente el nombramiento de un juez, cuando el magistrado, por sus muchas atenciones, no podia resolver por sí la cuestion.

Esta derogacion se hizo estensiva en Roma, y los restos que se laron del sistema anterior, fueron derogados por Teodosio y Valentiniano. La jurisdiccion estaba organizada de un modo muy distinto que en las épocas anteriores. Todos los cambios que sobre el particular se operaron, se reasumen en la desaparicion completa de la tan antigua diferencia entre el magistrado y el juez. Habia jurisdiccion civil, fiscal, militar y eclesiástica, la cual era voluntaria para los legos. Se conocian tres grados en la jurisdiccion civil: el segundo de las apelaciones, que pertenecia al prefecto pretorio; y el tercero

que correspondia al principio, de los recursos extraordinarios. Ultimamente habia jueces pedaneos, cuya organizacion sufrió diferentes cambios y á quienes al fin se encargó la cantidad que no pasaba de trecientas ases.

Ha cambiado tambien el sentido técnico de la palabra accion: ya no es mas que el derecho derivado de la ley, de perseguir ante el juez lo que se nos debe; sin embargo, admite tambien los otros dos significados de forma de proceder, y de hecho de reclamar legalmente. Las excepciones han dejado de ser lo que eran; ya no son sino cualquier medio de defensa, de que se vale el reo; el mismo cambio se ha operado en las réplicas, duplicas &c.

Varió igualmente la forma de los juicios. La citacion ó derecho, de acto privado que era, se ha convertido en acto público, que se hace poniendo la demanda en conocimiento.

La *litis contestatio*, que no es mas que la simple contestacion de la demanda, no produce la antigua novacion del derecho litigado, tampoco la produce, la sentencia misma; pero existen las excepciones de cosa deducida en juicio y de cosa juzgada.

La sentencia recae siempre sobre la cosa misma que se ha demandado: los medios de ejecucion son los del anterior sistema, como tambien los medios para reeclamar contra una sentencia injusta.

De los contratos celebrados por las personas que están bajo la potestad de otro.

El principio civil de que los padres de familia no quedaban obligados por los hechos de los que están bajo su potestad, sufrió modificaciones introducidas por el derecho *honorario ó pretorio* y por el mismo Derecho Civil. En ciertos casos se declaró á los padres responsables de los actos de los que están sometidos á su potestad.

Los principios que autorizan esta responsabilidad son dos: la autorizacion directa ó indirecta que hayan dado para que se practiquen dichos actos, y la utilidad que de ellos pueden haber reportado, aunque hayan sido practicados sin su conocimiento. Las acciones que se dan, para hacer efectiva la responsabilidad, han recibido de los comentadores, el nombre genérico de *actiones adjectivæ qualitatis*; porque en efecto, no son sino calificativas que se aplican á todas las acciones comunes cuando se entablan, no directamente contra los que

practicaron los hechos de donde se derivan, sino contra el padre de familia, bajo cuya potestad se encuentra el que practicó esos hechos.

Por la accion *quod jussu*, se exige del jefe de familia el cumplimiento de la obligacion á que está sujeto por los hechos que con autorizacion prévia, practicaron los que están bajo su potestad, y tambien por los que él aprobó despues de practicadas.

Las acciones *exercitoria* é *institoria* se refieren, la primera, á las negociaciones, que por cuenta del jefe de la familia, emprendan los hijos ó esclavos en calidad de directores de una nave, y la segunda, á las operaciones mercantiles que bajo los mismos conceptos hagan los hijos ó esclavos: ambas acciones se entablan directamente contra el padre de familia, por cuya cuenta se hicieron estos negocios.

Por la accion *tributoria* se pide la division del peculio del hijo ó del esclavo, entre aquel con quien negoció y el padre ó el amo, si este es acreedor de su hijo ó esclavo; y se reclama contra la division dolosa, que el padre de familia haya hecho del peculio.

La accion de peculio y de *in rem verso*, tienen en parte objeto (la division del peculio); pero se dirige tambien contra el padre de familia para exigirle el pago de todo lo que haya en las negociaciones de sus hijos ó esclavos. No existe la responsabilidad que hemos dicho ni en los padres, ni en los hijos, por el dinero que se les haya prestado, segun lo dispuesto por el jurisconsulto Macedoniano, de los tiempos de Claudio ó Vespasiano.

Como el Derecho Civil estendiese la accion *condictio* á todos los casos en que una persona se enriquece por cualquier motivo con detrimento de otro; se pueden exigir las obligaciones impuestas á los padres de familia por consecuencia de los actos de sus hijos ó esclavos, no solo, por las acciones que llevamos indicados sino tambien por la accion *condictio*.

Ultimamente, la Jurisprudencia estableció que todos los hechos que daban origen á la *condictio* y que se practicaban por cuenta de otro, se estendiesen directamente practicados con este, y bajo este concepto, pudieron ser perjudicados con la indicada accion.

Acciones noxales.

Tambien se estableció que los padres ó amos quedasen obligados por los hechos ilícitos de sus hijos ó esclavos. Esta

responsabilidad no era, por todo el valor del daño causado sino hasta donde alcanza el interés, que el jefe de familia tenía de conservar en su poder al que lo había producido: quedaba á su arbitrio el pagar el daño ó el ceder en favor del perjudicado su poder, sobre el que lo había causado. Esta entrega se llama *noxæ*. Si el que iba á ser dado en *noxæ*, pagaba por su cuenta el daño, quedaba completamente libre. Las acciones con que se exige de los padres esta responsabilidad que se les había impuesto, son las mismas que si los hechos ilícitos, causa de la responsabilidad indicada, hubieran sido practicados por un hombre libre, pero se les daba el calificativo de *noxales*, porque se ponía al padre de familia contra quien se dirigía, en la alternativa, que ya hemos hablado.

Las acciones *noxales* son capitales porque segun el que cometió el hecho ilícito en todas sus variaciones, para perseguirlo si se ha hecho libre ó á su nuevo amo, si ha cambiado de dominio. Estas acciones fueron abolidas completamente por Justiniano, estableciendo respecto de los hijos de familia, que en su lugar se pudiera perseguir el peculio que les correspondía.

Pauperies.

Se responde igualmente de los daños que causan nuestros animales y que pudimos evitar: este daño se llama *pauperies* y la acción con que se reclama su indemnización lleva el mismo nombre.

Quienes pueden establecer las acciones.

Segun el rigor del Derecho Romano, cada cual debía proceder por sí mismo, en sus propios negocios. Este principio fué aplicado en todo su rigor bajo el primer sistema de procedimiento, salvo en casos muy especiales, en que se representaba al pueblo, á un esclavo, á un menor, ó en los que indicaba la ley *Hostilia*.

Bajo el segundo sistema se estableció: primero, que se pudiera litigar por medio de un verdadero representante, llamado *cognitor*, y mas tarde cuando se fué aplicando este principio de la representación se podía también litigar por medio de procurador, y aun de simple gestor de negocios; pero esta representación estaba restringida, porque al procurador y al gestor de negocios, se les podía exigir la caución, de que el dueño aprobaría lo que hiciese, teniendo de adversario la acción *ratam rem dominum habitorum* porque ellos se hacían

dueños del pleito, hasta el extremo de que contra ellos se pronunciaba la sentencia.

Bajo el tercer sistema, cada vez se hizo más fácil la verdadera representación de una persona por otra en los juicios. Justiniano estableció que se pudiera constituir procurador en el juicio, sin formalidad alguna, y que este procurador no solo quedaria estraño á la sentencia, sino que ni aun se le podria exigir la caucion de *judicatum solvi* (para devolver la cosa con todos sus accesorios), siempre que tuviese su mandato publicamente justificado. El defensor tambien está exento de esta caucion, desde que el dueño aprueba su conducta

De las satisfacciones.

El que entabla una accion á nombre de otro, debe dar, por principio general, una caucion que se llama *satisfaccion*. En tiempos anteriores á los de Justiniano, aquel contra quien se procedia en virtud de accion real, debia dar por fiadores, para asegurar el pago de juicio, la caucion *judicatum solvi*, y con mayor razon si otro contesta por él la demanda. El demandante no estaba obligado á dar caucion alguna, pero si su procurador que debia dar la caucion (que el dueño aprueba lo que él haga) de *ratum rem dominum habitorum*.

Respecto de las acciones personales, sucedia lo mismo en cuanto al demandante; pero en cuanto al demandado, no se le exijia caucion alguna, si procedia por si mismo; mas si procedia por medio de otra persona, esta debia dar la caucion respectiva [bien la *judicatum solvi*, bien la *ratum rem dominum habitorum*]. De otro modo se procedia en la época de Justiniano: el demandado debia dar la caucion llamada *judicio sistendi*, que se podia dar juramento y aun por simple promesa. El procurador, sea del demandante ó del demandado, solo daba la caucion respectiva, cuando su mandato no era notorio.

Acciones perpetuas y temporales.

El derecho de entablar una accion no terminaba jamás, tratándose de las acciones civiles en general: [despues por la ley Julia judiciaria, terminaba á los diez meses] despues de entabladas si habia lo contrario sucedia con las acciones introducidas por el pretor que por principio general solo duraba un año, (salvo algunas, como la *vi bonorum*).

Bajo los emperadores de Oriente cambiaren del todo estas

ideas. Toda accion se estingua en esta época, por el trascurso de cierto tiempo sin efectuarlo, y este tiempo era el de treinta años por principio comun, y de cuarenta, para casos especiales [como la accion hipotecaria].

A las acciones que duraban este tiempo, se llamó perpetuas por oposicion á las que duraban menos tiempo. Así como todas las acciones no duraban el mismo tiempo, así tampoco no todas se daban en pró y en contra de los herederos. No se dan contra los herederos las acciones penales, sino por lo que puedan haber aprovechado del delito, ni tampoco se dan en favor de los herederos, cuando envuelve cierta especie de venganza por parte de quiones se entabla, tal como la accion de injurias y la de testamento inoficioso.

Excepciones.

Las excepciones comenzaron á existir bajo el segundo sistema del procedimiento de los Romanos; por eso es necesario examinarlas en esa época para comprender bien su naturaleza, á mas de que la mayor parte de lo que dice Justiniano de ellas, se refiere principalmente á ese tiempo.

Refiriéndonos á ese sistema de procedimiento, hemos dicho que dadas las fórmulas por el majistrado encargado de la jurisdiccion, las funciones del juez quedaban, por regla general, reducidas á comprobar la verdad de los hechos alegados por el demandante, que se encuentran consignados en la parte de la fórmula llamada *intentio*, y á condenar ó absolver segun el resultado de esta averiguacion; pero bien podria suceder que á pesar de estar fundada la demanda en el rigor del derecho, fuera infuso y contrario á la equidad pronunciar condena en virtud de ella: este inconveniente no puede evitar el juez, si no se le autoriza para ello; y esta autorizacion se le conferia en una cláusula accesoria [son estas las excepciones] bien á la *intentio*, bien que regularmente se incluia en la *condemnatio*, en que se hacia mencion de los hechos propuestos por el demandado y que una vez comprobados lo libraban de la demanda. El mismo procedimiento se empleaba cuando necesitaban comprobar los hechos propuestos por el demandado, y destruir legalmente la accion del demandante.

Son muchas las excepciones, pero hay una que las comprende todas: la de dolo; porque en efecto hay dolo cuando se procede contra la equidad, tanto al tiempo de contraer la obligacion como despues, y aun al tiempo de hacerla efectiva. En el dolo se comprende el error, porque aun cuando este no

provenga de mala fé de otro, habrá por lo menos mala fé en querer aprovechar de nuestro error; comprende tambien la fuerza ó miedo; pero cuando la excepcion de dolo se opone bajo este particular [se llama *in rem scripta*], puede dirigirse contra la violencia misma cualquiera que sea su autor.

Lo que decimos de estas dos excepciones, podemos repetir respecto de las *non numerata pecania, juris, jurandi* y de *pacto*, la que tiene la particularidad de que podia oponerse á las acciones de injuria y de hurto.

La excepcion de *rei judicatae*, no era necesaria en ciertas acciones en las contenidas en el imperio del magistrado, en las personales concebidas *in jus*, en las *in factum* y en las *reales*; pero no se daba de pleno derecho en ninguna de las acciones de buena fé, por cuanto con esta excepcion se sostiene la permanencia de las sentencias, y estas pueden haber sido injustas. Tambien habia una excepcion llamada *rei in judicium deductae*.

Por lo demas, no existiendo las fórmulas en tiempo de Justiniano las excepciones no eran ya sino nombres que se aplicaban al derecho del demandado para alegar en su defensa tal ó cual circunstancia. Las excepciones fueron introducidas por el pretor; poco despues dieron tambien excepciones las leyes y las constituciones imperiales.

Las excepciones son perpétuas ó perentorias y temporales ó dilatorias. Los calificativos de perpétuas y temporales se refieren al tiempo que dura el derecho de oponer las excepciones; las perentorias y dilatorias, al efecto consiguiente que producen las excepciones, ya siempre, ya solo durante cierto tiempo [un año]. Toda excepcion estingua ántes la accion; pero en la época de Justiniano, las dilatorias no hacen mas que duplicar el tiempo que falta para que se pudiera ejercer la accion. Tambien pueden ser dilatorias las excepciones por raza de las personas contra quienes se oponen.

Interdictos.

Para conocer bien los interdictos, es meneters hacer lo que hicimos respecto de las excepciones: referirnos al segundo sistema de procedimientos romanos. Eran los interdictos unos edictos dados por el pretor á peticion de las partes interesadas sobre un caso particular, que solo se aplicaban en ese caso y únicamente respecto de las personas que en él figuran.

Se habia creído conveniente entre los Romanos, dejar cier-

tas cuestiones sometidas esclusivamente á la vijilancia de la autoridad, y no reglamentarlas, como á las demas, por leyes generales; tal sucedia con ciertas cuestiones de derecho divino; con otras de derecho público, como las relativas al uso de los caminos, de los rios y de las riberas del mar y con todas las que pueden suscitarse con motivo de la posesion, que por su naturaleza es capaz de conducir á los particulares á actos de violencia privada.

El que se creia atacado en sus derechos, relativamente á uno de los asuntos que llevamos indicados, ocurría al majistrado, quien en garantia de ese derecho, espedia una orden, mandando ó prohibiendo lo que creia justo ó injusto.

Esta orden es el interdicto, que como hemos dicho, es un edicto especial al caso dado y á las personas que lo han motivado. Si el interdicto es obedecido por la persona contra quien se solicita, la cuestion queda terminada: en el caso contrario, se redacta una fórmula, se organiza un juicio, cuya ley es el interdicto espedido.

La facultad de dar interdictos se deriva, segun lo espuesto, de la naturaleza de las funciones que se habian encomendado al pretor. Ejercieron esta atribucion, mucho tiempo antes de que tuviesen el derecho de dar edictos generales y la conservaron aun despues que este derecho se hizo incontestable en ellos.

Los interdictos, cua'quiera que sea el objeto á que se refieren, se dividen en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios.

Los interdictos que se refieren esclusivamente á la posesion sirven unos para retenerla, otros para adquirirla y otros para recobrarla. Para alcanzar la posesion son los interdictos *quorum bonorum*; *quod legatorum*, para lo quitado por via de legado, y el interdicto salviano, del que no puede asegurarse que se diese por analogía á casos semejantes, pues nos es desconocido su texto.

Para retener la posesion, sea que se nos perturbe en ella, sea que litigándose sobre la propiedad de una cosa, se trate de saber cual de los litigantes debe poseerla durante el pleito, sirven los interdicto: *uti possidetis y utrubi*; el primero se refiere á los inmuebles y el segundo, á los muebles: ambos son anuales; por el primero se mantiene en la posesion al que la tiene, en el momento de darse al interdicto, *nec vi, nec clam, nec precario*, respecto de su contendor; por el segundo, se mantenía en la posesion, primeramente al que *nec vi &c.* habia poseído la cosa la mayor parte del año, y despues, en

tiempo de Justiniano, al que sin esos vicios respecto del contendor, la tenia al darse el interdicto.

Por el interdicto *unde vi*, se reclama la posesion de los inmuebles de que se nos ha despojado. En cuanto á los muebles se podia proceder por el interdicto *utrui* ó por la accion *vi bonorum raptorum*. Antiguamente el que habia sido despojado, pero no con violencia, era restablecido en la posesion, siempre que no la hubiese adquirido *vi clam* ó *nec precario* de quien se le acababa de quitar. Al que empleaba la fuerza para hacer un despojo, se le privaba de la posesion, aun cuando el mismo hubiese sido ántes despojado á mano armada, por el que despues le vencia en justicia. No por esto se crea que se prohibia el empleo de la fuerza para repeler al que nos amezaba con un despojo, ni tampoco el recobrar violentamente, lo que del mismo modo se nos habia quitado: no se prohibia esto; pero era menester que los actos de fuerza se sucediesen sin interrupcion.

En tiempo de Justiniano, no se hacia distincion entre estas maneras de causar el despojo y el que lo habia sufrido era siempre restablecido en la posesion, aunque la hubiera adquirido viciosamente de su contrario. Habia tambien interdictos dobles que servian tanto para adquirir como para recobrar la posesion: sucedia en ciertos casos que el demandado en virtud de accion real, si no daba caucion de devolver lo cosa con todos sus frutos, la posesion de ella pasaba á su adversario en virtud de su interdicto dado como el que se llamaba *quem fundum* quedando por consecuencia cambiados los papeles de los litigantes.

Por último los interdictos son simples y dobles segun que estén bien determinados, desde el principio, los caracteres de los litigantes, ó que cualquiera de ellos pueda hacer indifereentemente el papel de demandante ó demandado. Los únicos interdictos dobles son los interdictos *uti possidetis* y *utrui*.

El procedimiento de los interdictos era con pocas diferencias el mismo que se empleaba para las acciones. Hecha la citacion y obtenido el interdicto, se usó al principio el procedimiento que se llamaba *per sponsionem* procedimiento que fué la primera manifestacion del sistema formulario, y á la vez la primera trasformacion del sacramento. Si habia confusion de partes, ó si los hechos eran evidentes, se ejecutaba lo ordenado en el interdicto por la fuerza si era menester; en caso contrario, los interesados se comprometian reciproca-

mente por estipulacion á pagarse cierta suma si perdian el pleito ó litijio; se redactaba en seguida la fórmula, cuya ley era el interdicto, y nombrado el juez ó los recuperadores, si la cuestion era sencilla, se procedia al juicio. Todos los trámites que se usaban eran mas breves. Despues se usó para los interdictos exhibitorios y restitutorios el procedimiento mas sencillo de las acciones arbitrarias quedando para las prohibitorias el único que les era aplicable, el procedimiento por expansion. Todo esto desapareció cuando fué abrogado el sistema por fórmulas, quedando los interdictos convertidos en simples acciones que se entablaban ante la autoridad comun, como todas las demas acciones.

Penas contra los litigantes temerarios.

Se llaman así, los que entablan ó siguen un pleito calumniosamente, es decir, convencidos de la injusticia con que proceden, y fiando su victoria en la ignorancia ó iniquidad del juez. Varios medios se contaban en el Derecho Romano para reprimir esta temeridad: contra el demandado habia la *spoliatio*, que fué una trasformacion del sacramento; la pena pecuniaria que á veces era el doble de lo litigado y otras, el doble, triple ó cuádruplo, por solo el hecho de haberse entablado la accion: el juramento, que en defecto de los otros medios, debia dar el demandado por orden del magistrado y la infamia que en ciertos juicios recaia sobre el condenado.

Para refrenar la temeridad del demandante, habia la accion de calumnia, que se entablaba contra el demandante de mala fé, bien durante el juicio, bien despues de terminado para obligarle á pagar, unas veces la cuarta, otras la décima de la cosa litigada: la accion contraria, que se entablaba despues de ciertos juicios, contra el demandante que lo habia perdido sin mas razon que esta, para exigirle el quinto ó el décimo de lo litigado: la restipulacion, contraria á la esposicion que daba el demandado; y el juramento que en defecto de cualquier otro medio, podia exigir el demandado del demandante.

En tiempo de Justiniano, los medios de refrenar la temeridad de los litigantes eran: el juramento que se les exijia en todo caso, así á ellos como á sus abogados: la condenacion del duplo, aplicable á ciertos casos muy especiales: la condenacion en los daños y en las impensas del juicio; y la infamia que sobrevenia al que era condenado por delito ó por una de las cuatro acciones que hemos llamado famosas.

Juicios públicos.

El derecho y el procedimiento penal de los Romanos, sufrió también distintas variaciones.

En los primeros tiempos, los delitos se perseguían ante los comicios por acusación que hacían los ciudadanos: los comicios juzgaban en seguida por sí, ó nombraban comisionados [cuestores] especiales para que lo hicieran. También conocían de los delitos de esta época, el senado, los cónsules y los pretores (solo por diligencia de los comicios).

Estos juicios se llamaban públicos. Las penas que se imponían eran arbitrarias, porque no estaban legalmente determinadas, como tampoco lo estaban todos los delitos que más tarde fueron perseguidos.

En el siglo VII de la República, se comenzaron á dar diferentes leyes, [que indicaremos luego] cada una de las cuales calificaba un delito, señalaba el procedimiento que se debía seguir para perseguirlo y la pena que se le debía imponer.

Los juicios que se entablaban en virtud de estas leyes son las cuestiones perpétuas, que se ventilaban en un tribunal que se había formada en Roma, presidido por uno de los cuatro pretores que entonces había. De los demás delitos, conocían extraordinariamente los magistrados: estos son los conocimientos extraordinarios. En tiempo de los emperadores se persiguieron extraordinariamente también, especialmente los derechos establecidos por las constituciones de los emperadores, y por los senado-consultos. Sucedió por último, que de aquellas leyes que establecieron las cuestiones perpétuas, solo quedó la calificación del delito y la pena que le imponían, de suerte que para la persecución de esos delitos, se seguía el procedimiento extraordinario.

Las leyes que establecieron esas cuestiones perpétuas son las leyes Julias de lesa-majestad, de adulterio, de fuerza pública y privada, de peculado, de ambitu, de cohecho, de residuis y de annona; las leyes Cornelia de sicarios y falsarios; la ley Pompeya de parricidas y la Fabia de plagiarios.

Oficio del juez.

El oficio del juez es, juzgar con arreglo á las leyes, las constituciones y las costumbres. Justiniano dió en seguida diferentes reglas especiales á diversas acciones, derivadas de la naturaleza misma de ellas, y que el juez debe observar cuando sean entabladas.

